DIZIONARIO

DI

GIURISPRUDENZA

PER USO

DEL REGNO DELLE DUE SICILIE

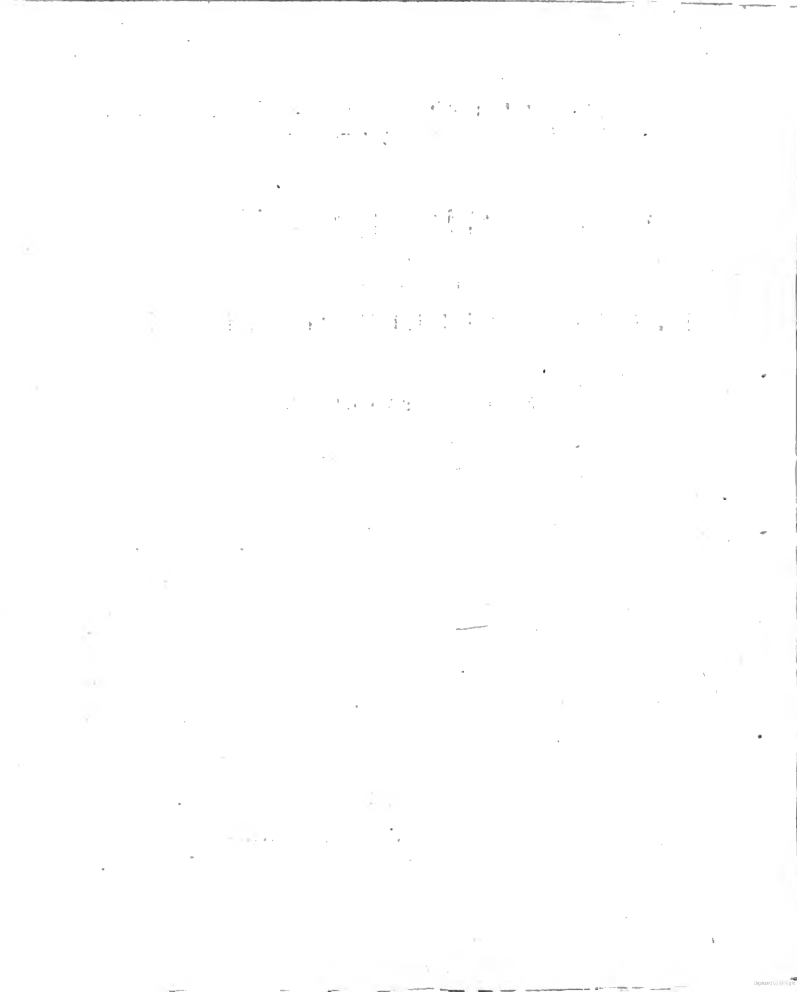
DI

NICOLA ARMELLINI.

TOMO V.

NAPOLI,

NELLA TIPOGRAFIA DELLA SOCIETA' FILOMATICA.

1826.

DIZIONARIO

DI GIURISPRUDENZA.

» Quasi - contratti §. 1. I quasi - contratti sono i fatti puramente volontarj dell'uomo, da' quali risulta una obbligazione qualunque verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti. *Art.* 1325. *Leg. civ.*

Ubero definisce li quasi - contratti per quei fatti onesti dai quali per equità, ma senza convenzione ne deriva un' obbligo.

» Quasi contractus nihil sunt, quam facta honesta, ex quibus sine conventione nascitur obligatio propter aequitatem. Alii volunt causam obligationis hic esse tacitum consensum. Sed hoc in universum vix dici potest, quia furiosi quoque, et infantes ex quasi contractibus obligantur, quibus tacitus consensus adscribi non potest. *Huberi praelect. lib.* 3. *tit.* 28 *de obligationibus quae quasi ex contractu nascuntur n.* 1.

Donello inoltre adduce la ragione per cui li quasi - contratti versano esclusivamente su dei fatti non turpi, e per cui l'obbligazione risulta senza consenso delle parti.

» Quasi contractus est factum omne non turpe, quo aut is qui fecit alteri, aut alter ei, aut uterque alteri sine consensu obligatur. Dixi non turpe, ne factum incidat in maleficium; quod apparet in hac divisione toto genere distingui a maleficio. Dixi, sine consensu, quia alioqui consensu interveniente contractus futurus sit non quasi contractus. Nunc autem etiam a contractu quasi contractum et nominis ratio, et divisio superior aperte separat. Hoc factum dicitur quasi contractus, quia cum neque maleficium habeat neque speciem maleficii, et tamen obligationem pariat, proprius ad similitudinem contractus accedit, ubi scilicet, et sine maleficio obligatio nascitur. *Donelli Comment. de jure civili lib.* 15. *cap* 14 *n.* 20.

Il tribuno Bertrand de Greville nell'analisi di uniforme articolo fa conoscere l'origine de' quasi-contratti, e le discussioni che ebbero luogo in ammetterne le corrispondenti sanzioni.

,, Le convenienze sociali (ei dice), le relazioni dell' amicizia, e più spesso ancora i vincoli di benevolenza che gli uomini uniscono tra loro per mezzo del bisogno che hanno gli uni degli altri, ci determinano a fare una cosa che ci obbliga verso una persona, e qualche volta obbliga verso di noi, senza intervento di una preventiva convenzione. Non è il consenso allora che può produrre questa obbligazione semplice o reciproca, ma dall' equità naturale soltanto nascono le obbligazioni che risultano dal fatto di cui si tratta. Quindi, questo fatto essendo isolato da ogni consenso; da ogni convenzione antecedente non può formare nu contratto propriamente detto; ma produce quello che in dritto si è chiamato sempre *quasi contratto*, il quale non è meno obbligatorio del contratto stesso.

,, Le leggi romane riconoscevano i quasi contratti ed avevano annoverato in questa classe tutte le obbligazioni le quali non erano nè il prodotto di una convenzione nè la conseguenza di un delitto. Non avevano distinto quelle che ripetono la di loro sorgente dalla libera volontà dell' uomo, da quelle che appartengono più particolarmente alla volontà della legge. In tal guisa le obbligazioni rispettive de' tutori, dei curatori, e dei

di loro minori, quelle che nascono dalla vicinanza della proprietà, quella del legatario universale verso i creditori del testatore, erano confuse colle obbligazioni che nascono da un fatto puramente personale, e volontario, come una somma liberamente pagata da un amico ad un creditore, esigendone la quietanza e senza la partecipazione del debitore minacciato dalle più rigorose istanze.

,, Il progetto di legge sottoposto al vostro esame, si è schermito da questo errore dal quale non erano esenti i nostri più celebri giureconsulti. Stabilisce una savia e necessaria distinzione; non vede dei quasi contratti che dove l'uomo è unicamente mosso dalla sua propria volontà: da per tutto però dove l'autorità della legge comanda, dove si crede ceder piuttosto a questa autorità che alla impulsione di una volontà libera ed indipendente, considera il progetto l'obbligazione che ne risulta come tutta legale; poichè, in questo caso alla legge si ubbidisce, a lei ciascun si consacra, per lei essenzialmente si agisce; a lei dunque tutto riportar si deve, e non a questa volontà, che forse non esiste, o che almeno è secondaria, poichè non si può mai supporre piena ed intiera che quando la legge nulla prescrive. Questa gradazione, facile a comprendere, presenta maggiore esattezza, e regolarità, e nella nostra nuova legislazione una miglioraziome introduce, che onora la saviezza degli autori del progetto.

,, Le obbligazioni che nascono dalla sola autorità della legge, son governate da principj disseminati in tutte le parti del codice. Il progetto di legge non doveva dunque occuparsi che delle obbligazioni le quali nascono dai fatti appartenenti alla volontà dell' uomo; e su tal proposito voi senza dubbio pensarete che sarebbe stato difficile di procurar degli esempj di tutti i quasi contratti, e di analizzar la specie, la natura e la estenzione delle obbligazioni che producono separatamente. Gli esempj appartengono alla dottrina: il legislatore dee solo stabilire i fondamenti della legge; e la sua applicazione, secondo le circostanze ed i fatti particolari, rientra nel dominio dei giudici. Così il progetto che vi occupa è limitato a determinare le regole generali, e queste diventano sufficienti per somministrar lumi sulla estenzione dei doveri che nascono dai fatti personali, più d'ordinario in uso nella società. *Esposizione de' motivi sul codice civile n.* 63.

D'altronde non è inopportuno osservare a dippiù con Maleville quanto si è anche detto sul medesimo articolo. Egli dice.

,, Vi è un titolo nel digesto e nel codice *de negotiis gestis*, ove trovansi eccellenti regole intorno a questa materia. La regola, che il nostro articolo stabilisce sull'obbligo, in cui è quegli, che ha cominciato ad ingerirsi nell'affare di un assente di continuare l'opera sua fino all'istante almeno che l'assente possa provvedervi altrimenti: questa regola riscontrasi nella *l.* 6. §. 12. *e* 21. §. 2. *D. hic.*

,, Nulladimeno fu combattuta. Si disse, che esercitando un atto di carità non s'intendeva di assumersi impegni ulteriori. Un vicino, per es., che pigliasi cura del campo di un militare, il quale trovasi nell'armata, sarà egli obbligato di coltivarlo fino al ritorno di questo militare? Impreveduto circostanze non possono impedire il *negotiorum gestor* di continuare l'opera sua, i suoi servigj?

,, Fu risposto, che accadendo il caso di non poter più prestarsi in servizio di un altro non si aveva, che ad avvertirlo: Che gli obblighi assunti dovevano interpetrarsi secondo i dettami dell'equità; i quali disdicono di abbandonare intempestivamente un affare intrapreso, portando quindi grave nocumento al proprietario ignaro di ciò, ma indotto anzi in una contraria lusinga: Che lo scopo dell'articolo era di frenare lo zelo di alcune persone sempre disposte ad immischiarsi negli affari altrui guastandoli il più sovente, ed impedendo, che altri amici più saggi prendano questa briga. Ciò non ostante si è convenuto, che questa regola non doveva applicarsi con troppa severità. Alcuni servigj di buon vicinato non dovevano far credere che si avesse voluto assumere le funzioni di *negotiorum gestor*, ma quando circostanze più decisive provano incontrastabilmente, che si è avuto in animo di prendere questa qualità, allora devesi obbligare

chi l' ha assunta ad adempiere a doveri del suo mandato volontario, e a non sottrarsi fuor di tempo al peso di questi doveri.

,, L' articolo fu adottato con queste emende, ma poscia fu riprodotto senza le medesime, avendo il relatore della sezione rappresentato, che la intenzione del consiglio vi era bastevolmente espressa.

» Si potrebbe però dubitare della esattezza di questa asserzione paragonando il testo col commentario del consiglio, ma fino a che le spiegazioni non si trovano in evidente opposizione col testo, egli è prudente cosa l' attenersi alle medesime.

» Quindi se ho io coltivato per un' anno intero il campo del mio vicino assente, non avrò perciò contratto l' obbligo di coltivarlo sempre. Parimente se avrò intrapresa l' amministrazione de' suoi affari, e non potrò più proseguire nella medesima, basterà soltanto, che in tali casi io prenda le precauzioni necessarie, perchè l' assente venga il meno che sia possibile da questa cessazione d' opera danneggiato.

» Quegli altresì, che ha accettato formalmente un mandato, che il costituisca padrone di agire, può rinunciare al medesimo facendone però consapevole il mandante. Vedi l' articolo 2007. (1879. *leg. civ.*) A più buon dritto può operare così il *negotiorum gestor*, ma gli è d' uopo che l' uno e l' altro nol faccia intempestivamente, come si è avvertito nella discussione.

» Finalmente non vi è *negotiorum gestor in genere*, perchè si siano resi ad un assente alcuni servigj di buon vicinato. *Maleville. Osservazione agli articoli* 1371. e 1372. *del cod. civ.*

» §. 2. Quegli che volontariamente si fa » *gestore* di un negozio altrui, tanto se il » proprietario ne sia conosciuto, quanto se » lo ignori, contrae una obbligazione tacita » di continuare l' amministrazione che ha in- » cominciata, e di condurla al termine, si- » no a che il proprietario sia in istato di » provvedervi egli stesso: debbe egualmente » incaricarsi di tutte le conseguenze del me- » desimo negozio.

» Egli si sottopone a tutte le obbligazioni » che risulterebbero da un espresso mandato » avuto dal proprietario. *Art.* 1326. *Leg.* » *civ.*

Pomponio rende tenuto di colpa, e di dolo il gestore che tratta un negozio non solito a trattarsi dal medesimo proprietario.

» Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam (*etiam levem*) et dolum praestare debes. Sed Proculus ait, interdum etiam casum praestari debere: veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti venales novitios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo (*quam dominus non consuevit*, *ut emendo vasa vitrea.*) Nam si quod damnum ex ea re (*idest administratione*) secutum fuerit, te sequitur, lucrum vero absentem. Quod si in quibusdam damnum factum fuerit, in quibusdam damnum absens compensare lucrum cum damno debet. *l.* 12. *D. de negotiis gestis.*

Casus. Lex ista tria habet dicta. Primo ponit regulam quae talis est, quod omnes qui aliena negotia gerunt praestant dolum et latam culpam. Secundum dictum est Proculi quod aliquando tenetur gestor de casu fortuito, ut si gesserit negotium insolitum, scilicet emendo servos novitios, et inde damnum sequitur, damnum spectat ad gerentem, lucrum ad dominum negotiorum. Tertium dictum est, quod si negotium tale fuerit, ut partim consistat lucrum, et partim damnum, dominus negotiorum debet compensare lucrum cum damno. *Vivianus.*

La corte di cassazione di Parigi con decisione de' 14 ottobre 1812 professò la giurisprudenza, che quando una sentenza profferita in ultima istanza con cui si attribuisce ad alcuno una successione viene annullata per l'interesse di un altro, il gestore della successione dee dar conto a quest' ultimo, e non al primo.

» *Fatto.* Era insorta lite tra la signora Cardon tanto in suo nome come comune di beni, e legataria del fu Cardon, quanto come erede di sua figlia, ed i signori fratelli Cardon per sapere a chi dovesse appartenere la successione del detto signor Cardon morto in Russia, e che avea lasciato de' beni tanto in quel paese, che in Francia.

» Sulle prime sentenze in ultima istanza

rese in Russia nel 1803 e 1804, le quali dopo l'art. 16 del trattato di commercio del 1787 erano passate in giudicato in Francia, aveano aggiudicata questa successione alla signora Cardon, ed a sua figlia.

» Dopo una sentenza del tribunale di prima istanza della Senna de' 10 marzo 1807, ed una decisione della corte imperiale di Parigi degli 11 febbrajo 1808, dopo di aver dichiarato nullo il matrimonio della signora Cardon col fu Cardon, ed il testamento di quest' ultimo, avea immessi i fratelli Cardon nel possesso di questa medesima successione.

» Ma questa decisione era stata cassata a' 15 luglio 1811, in conseguenza dell'articolo 16 del trattato combinato cogli art. 1350 e 1351 del codice civile (1304 e 1305. *leg. civ.*) per violazione della cosa giudicata in Russia; di maniera che questa signora, e la sua figlia si trovavano reintegrate in questa successione, di cui le aveano successivamente spogliate la sentenza, e la decisione del 1807, e 1808.

» Il signor Desbrieres si avea fatto cedere in questo intervallo un credito di 19, 717 franchi sopra questa successione; e ne avea richiesto il rimborso a' 14 aprile 1809 contro i fratelli Cardon, che allora erano in possesso in esecuzione di questa sentenza, e decisione.

» Questi ultimi credettero poter arrestare questa domanda specialmente con chiedere il rendimento de' conti ch' essi formarono a' 25 dicembre seguente contro il signor Desbrieres, come gestore di questa successione in virtù della procura che glie ne avea fatta la signora Cardon a' 23 fiorile anno 10. Il signor Desbrieres rispose, che a' termini dell' art. 1993 del codice civile (1865. *leg. civ.*) egli non dovea dar questo conto che alla signora Cardon, dalla quale avea il mandato, salvo ad essa di renderlo in seguito a' fratelli Cardon, se effettivamente vi avessero dritto. Fece così giudicare dal tribunale della Senna a' 16 marzo 1810.

» Ma questa sentenza fu annullata; e con decisione de' 4 maggio 1811 fu anzi condannato a render conto a' fratelli Cardon per lo motivo, che volontariamente avea amministrati i beni di questa successione, e che ne dovea dar conto agli eredi conformemente all' art. 1993. del codice civile. (1865. *leg. civ.*)

» Tale decisione contravveniva a questo articolo, il quale vuole, che il conto di un' amministrazione sia reso al *proprietario* della cosa amministrata, poichè la cassazione della decisione degli 11 febbrajo 1808 avea spogliati i signori Cardon della proprietà della successione del loro fratello, e ne avea investito la signora Cardon, e sua figlia.

» E d'altronde questa decisione come conseguenza di quella del 1808 dovea anche essa essere cassata.

» Tali sono le considerazioni, che hanno determinato la cassazione di questa decisione.

» Decisione - Visto l' articolo 1372 del codice civile (1326. *leg. civ.*) Ed atteso che risulta da quest'articolo, che il conto dovuto in seguito dell' amministrazione, ivi enunciata non è dovuto che al proprietario della cosa amministrata;

» Che attualmente, e dopo la cassazione della decisione della corte imperiale di Parigi degli 11 febbrajo 1808, pronunziata ai 15 luglio 1811 i signori Cardon messi con questa decisione in possesso della successione del loro fratello, han cessato di avere dritto a questa successione, e di essere proprietarj de' beni in quistione;

» Che così non appartiene ad essi l' esiger conto di questa successione di Desbrieres, perchè non hanno più la qualità richiesta a questo effetto dall' articolo 1372 qui sopra citato.

» Atteso d' altronde che la cassazione già pronunziata della decisione del 1808 deve in conseguenza rinchiudere la cassazione di quella impugnata, la quale n' è la esecuzione;

» La corte cassa ed annulla la decisione resa a' 4 maggio 1811 dalla corte imperiale di Parigi.

» §. 3. È tenuto a continuare l' amministrazione, ancorchè il proprietario muoja prima, che il negozio sia terminato, e fino a che l' erede abbia potuto intraprenderne la direzione. *Art.* 1327. *Leg. civ.*

Così Paolo.

» Si vivo Titio negotia ejus administrare coepi (*quasi omnia gesturus*, *scilicet quae*

invenit non quae postea emerserunt) intermittere (*idest inchoata dimittere*) mortuo eo non debeo: nova tamen inchoare necesse mihi non est vetera explicare ac conservare necessarium est, ut accidit, cum alter ex sociis mortuus est; nam quaecunque prioris negotii explicandi causa gerunt (*scilicet ab herede mortui*) nihil refert quo tempore consumantur, sed quo tempore inchoarentur *l.* 22. §. 3. *D. de negotiis gestis.*

» §. 4. È tenuto ad usare nell'amministra-
» zione dell' affare tutte le cure di un buon
» padre di famiglia.

» Nondimeno le circostanze che lo hanno
» indotto ad incaricarsi dell' affare possono
» autorizzare il giudice a moderare i danni
» e gl' interessi derivati da colpa o da ne-
» gligenza nell' amministrazione. *Art.* 1328.
» *Leg. civ.*

» Il progetto di legge (espose il tribuno Tarrible) obbliga il gerente non solo a compiere la gestione, ma ad apportarvi anche tutte le cure di un buon padre di famiglia. Questa parola consagrata dalle prime leggi romane, ricorda la semplicità dei costumi di questi tempi antichi: esprime delle idee di bontà e di perfezione: presenta l'attenzione, la provvidenza, l' attività, la saviezza, la costanza, come altrettanti doveri imposti a colui che intraprende l' amministrazione degli affari di un altro.

» Intanto i sentimenti di affezione o di umanità che soli ispirar possono questa delicata intrapresa meritano ancora qualche indulgenza; e si è dovuto temere che un eccesso di severità non ne soffocasse il germe nè cuori benefici. Questa savia circospezione ha fatto confidare al giudice la facoltà di moderare, secondo le ciscostanze i danni ed interessi che nascerebbero dalle colpe o dalla negligenza del gestore. *Esposizione de'motivi sul cod. civ. n.* 64.

Gl' imperatori Diocleziano e Massimiano staccarono da ogni risponsabilità il gestore di affari pei casi fortuiti, menocchè non si fosse altrimenti convenuto.

» Negotium gerentes alienum, non inveniente speciali pacto, casum fortuitum praestare non compelluntur. *l.* 22. *Cod. de negotiis gestis.*

Casus. An negotiorum gestor de fortuito casu teneatur quaeritur? et resp. quod non nisi convenit, ut teneatur. Verbi gratia, cum viderem te velle gerere negotia mea dixi: si contingat te gerere, volo, quod de casu fortuito tenearis; quo casu si consensisti, teneberis: unde regula est, quod gestores de casu fortuito non tenentur, nisi in se suscipiant casum fortuitum. *Vivianus.*

» §. 5. Il proprietario il cui affare è sta-
» to bene amministrato, dee adempire le
» obbligazioni che il *gestore* ha contratto in
» suo nome: dee farlo indenne da quelle
» che ha personalmente assunte; e rimbor-
» sarlo di tutte le spese utili o necessarie
» che ha fatte. *Art.* 1329. *Leg. civ.*

Se il gestore avesse speso più di quello, che esigeva il bisogno, può questo di più da lui ricuperarsi? Paolo sostiene la negativa.

» Si quis aliena negotia gerens plus quam oportet, impenderit, recuperaturum eum id quod praestari debuit. *l.* 26. *D. de negotiis gestis.*

Casus. Gessisti negotia mea, et plusquam deberes impendisti; puta debebas decem impendere, et tu viginti impendisti. Dicitur hic quod tu recuperabis id quod tu debebas impendere non ultra; idest consequeris decem tantum, et non ultra. *Vivianus.*

Le spese fatte per conservare le cose che si amministrano, non sono a ripetersi da colui cui queste appartengono. Così Giuliano.

» Si Titii servum putans qui erat Sempronii, dedero pecuniam ne occideretur (*sive juste sive injuste occidebatur, quia potuit et non jure occidi*); ut Pomponius ait, habebo negotiorum gestorum adversus Sempronium actionem. *l.* 6. §. 9. *D. de negotiis gestis.*

Anche le spese utili, che migliorano la condizione della cosa, al dir di Ulpiano, possono ripetersi dal gestore.

» Quae utiliter in negotia alicujus erogantur, in quibus est etiam sumptus (*factus honeste*) honeste ad honores (*idest propter honores*) per gradus obtingentes factus; actione negotiorum gestorum peti possunt. *l.* 47. §. 1. *D. de negotiis gestis.*

» §. 6. Chi o per errore o scientemente
» riceve ciò che non gli è dovuto, si obbli-

» ga a restituirlo a colui dal quale lo ha in-
» debitamente ricevuto. *Art.* 1330. *Leg. civ.*

La massima è di Pomponio.

» Quod indebitum per errorem solvitur: aut ipsum, aut tantundem repetitur. *l.* 7. *D. de condictione indebiti.*

» §. 7. Quando uno che per errore si cre-
» deva debitore, ha pagato un debito, ha il
» dritto della ripetizione contra il creditore.

» Nondimeno cessa tal dritto, quando il
» creditore in conseguenza del pagamento si
» è privato del suo titolo: nel qual caso è
» salvo il regresso a colui che ha pagato,
» contra il vero debitore. *Art.* 1331. *Leg.*
» *civ.*

Per la prima parte di quest' articolo può valer di esempio il caso additato da Pomponio; cioè se colui il quale credendosi erede paghi un debito dell' eredità; ma conosciuto di poi non essere erede, viene a ripetere quello che ha pagato.

» Quamvis debitum sibi quis recipiat, tamen si his qui dat non debitum dat, repetitio competit: veluti si is qui heredem se vel bonorum possessorem falso existimans, creditori hereditario solverit: hic enim neque verus heres liberatus erit, et is quod dedit repetere poterit, quamvis enim debitum sibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit. *l.* 19. §. 2. *D. de condictione indebiti.*

Glossa. Credebam me heredem Titii, solvi creditoribus hereditariis; deinde apparet me heredem non esse, an repetam? dicitur quod sic. *Accurs.*

» §. 8. Se quegli che ha ricevuto il pa-
» gamento era in mala fede, è tenuto a re-
» stituire tanto il capitale quanto gl' interes-
» si o i frutti dal giorno del pagamento.
» *Art.* 1332. *Leg. civ.*

E colui che paga in buona fede malgrado che il giudice lo abbia assoluto dal medesimo pagamento, al dir di Paolo, non ha il dritto di ripeterlo.

» Judex si male absolverit, et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. *l.* 28. *D. de condictione indebiti.*

Casus. Debebam tibi decem, et cum peteres a me, judex me absolvit; demum quia bonam fidem habui solvi: numquid repetam? Dicitur quod non. *Vivianus.*

» §. 9. Se la cosa indebitamente ricevuta
» è un immobile o è un corpo mobile, que-
» gli che l' ha ricevuta si obbliga restituirla
» in ispecie quando esista, o il suo valore
» quando sia perita o deteriorata per di lui
» colpa: è altresì tenuto alla perdita per ca-
» so fortuito, se l' ha ricevuto in mala fe-
» de. *Art.* 1333. *Leg. civ.*

Ulpiano su l' autorità di Giuliano mette anche a carico dell' acquirente il valore della cosa ricevuta quando non esista; anzi messo egli in mora viene obbligato a dar conto dei frutti, ed a restituire ogni altra accessione.

» Julianus libro septimo digestorum scribit: si hominem qui Maevii erat emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret (*potest dici quod petitus erat, et lis contestata*) eundem vendidero, eumque emptor occiderit; aequum esse me pretium Maevio restituere. Idem Julianus eodem libro scribit: si moram fecerit in homine reddendo possessor, et homo mortuus sit, etiam fructuum rationem usque ad rei judicatae tempus spectandam esse. Idem Julianus ait: non solum fructus, sed etiam omnem causam praestandam; et ideo et partum venire in restitutionem, et partuum fructus. *l.* 17. *D. de rei vendicatione.*

Casus. Servum Maevii a te emi: eundem Titio vendidi. Titius eum interfecit: teneor vero domino ad pretium. Videor enim interfecisse. *Idem.* Si petam a te rem, et in mora fueris, non solum fructus, sed etiam fructuum fructus usque ad tempus rei judicatae restituendi sunt. »

» §. 10. Chi ha venduto la cosa che ha
» ricevuta in buona fede, non è tenuto ad
» altro che a restituire il prezzo ritratto dal-
» la vendita. *Art.* 1334. *Leg. civ.*

Così Paolo.

» Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti teneberis ad pretium ejus, si nesciens non teneberis. *l.* 65. §. *penult. D. de condictione indebiti.*

» §. 11. Colui al quale è restituita la co-
» sa, dee rimborsare anche al possessore di

» mala fede tutte le spese necessarie ed utili » che sono state fatte per la conservazione » della cosa medesima. *Art.* 1335. *Leg. civ.*

Cajo chiama utili, e necessarie quelle spese che riguardano le riparazioni di un edificio, o la nuova coltura di un terreno.

» Utiles autem necessariaeque sunt veluti quae fiunt reficiendorum aedificiorum gratia; aut in novale (*terra quae de novo colitur, quia prius erat nemus*) aut cum servorum gratia litis aestimatio solvitur: cum id utilius sit quam ipsos dedi. Denique alias complures ejusdem generis esse impensas manifestum est: videamus tamen ne ad picturam quoque, et marmorum, et caeterarum voluptariarum rerum impensas aeque proficiat nobis doli exceptio; utique si modo bonae fidei possessores sumus. Nam praedoni probe dicetur, non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere; ut tamen potestas ei fiat tollendorum eorum quae sine detrimento ipsius rei tolli possint. *l.* 42. *D. de petitione hereditatis.*

QUASI DELITTI. Vedi. *Danno.*

» QUERELA. §. 1. Ogni persona che si » crederà offesa da un reato può farne la » dichiarazione innanzi a qualunque ufiziale » di polizia giudiziaria. Questi si uniformerà » alle regole di competenza indicate negli » articoli 13 a 23. Una tale dichiarazione » chiamasi *querela. Art.* 33. *Leg. di proc.* » *ne' giud. pen.*

Allorchè il reato non si disvela nello stato della sua flagranza, il procedimento penale incomincia colla querela dell' offeso. È questo il primo atto in virtù di cui la polizia giudiziaria viene a conoscere il danno che si è commesso, e chi n'è stato l'autore. Quindi l'offeso, qualunque sia l'oltraggio riportato nella vita, nell'onore, o nei beni, è nel dovere di esporlo dettagliatamente; d'onde, a norma delle circostanze che sono indicate, la istruzione incominci a stabilire le parti della regolare procedura, e sia compiata in modo da far punire il delinquente.

L'offeso in promovere la sua querela può anche farsi rappresentare da persona munita di sua procura: ma in questo caso l'atto di procura conviene che sia speciale all' oggetto, e che contenga non solo il reato, che si dichiara, ma benanche tutta la serie dei fatti che vi sono concorsi, e la indicazione del colpevole. Questo atto di procura sarà unito negli atti come il primo elemento, per contestare la validità della querela che si promove.

D'altronde si osserva, che il procuratore incaricato a produrre la querela dell' offeso non può presentarsi in dibattimento, e deporre, e giurare per l'offeso medesimo. Vedi. *Azione penale* §. 12. 5. *Questione.* Decisione de' 11 giugno 1816.

» §. 2. Possono far querela il marito per » la moglie, l'ascendente pe' discendenti sot- » to la sua potestà, ed il tutore pe' minori » sottoposti alla sua tutela. *Art.* 34. *Leg. di proc. ne giud. pen.*

Il dritto romano, e 'l reale rescritto de' 2 dicembre 1775 indicano inoltre le persone alle quali era interdetta l'accusa. Vedi. *Azione penale* §. 1.

» §. 3. Ogni querelante può costituirsi » parte civile tutte le volte che, avendo ri- » cevuto danno dal reato, voglia chiederne » l'indennizzamento. Può fare istanza per la » sola punizione del reo, e de' suoi compli- » ci, rinunziando a' danni ed interessi, o ri- » serbandone ad altro tempo la domanda. La » domanda espressa de' danni, ed interessi » include l'altra della punizione del reo.

» Può semplicemente rapportare il fatto, » rimettendosi alla giustizia e rinunziando » per la sua parte ad ogni dritto di fare » istanza. Relativamente poi a' danni ed in- » teressi, se si tratti di reato per lo quale » l'azion penale è indipendente dalla istan- » za privata, può o rinunziarvi espressamen- » te, o riserbarne ad altro tempo la do- » manda. *Art.* 35. *Leg. di proced. ne giud.* » *pen.*

Nella suprema corte di giustizia venne ad esame il caso se la rinunzia del querelante fatta alla istanza per un complice giovi all' altro complice. A' 30 novembre 1818 si decise affermativamente.

» *Fatto.* Antonia Vollaro ed i conjugi Michele Gallo e Carolina Mancano uniti offesero con ingiurie verbali e reali Angela Maria

Forte. Costei produsse l'istanza perchè il ministero pubblico perseguitasse i suoi offensori, e si costituì contro di essi parte civile. In seguito rinunziò all'istanza pei conjugi Gallo e Mancàno, e continuò il giudizio contro Antonio Vollaro. Costei fu condannata dal giudice correzionale del circondario Pendino a quattro giorni di prigionia, al ristoro de' danni interessi a favore della parte civile ed alle spese del giudizio. La gran corte criminale di Napoli con decisione de' 5 settembre rigettò l'appello.

» Ricorso della condannata. La rinunzia del querelante all' istanza a favor d'un complice, produce (ella diceva) l'abolizione dell'azione a favore degli altri complici. L'azione penale dunque abolita per Gallo, e Mancàno non può sussistere per la loro complice; e se la querelante non ha rinunziato a favor di costei a' danni interessi, può non far altro che proseguire questo giudizio civile innanzi a' tribunali civili. Non poteva però attaccar giammai la sua azion privata all'azione pubblica la quale era estinta. Tutto ciò è prescritto dall'articolo 4 della legge de'12 febbraro 1817. La gran corte dunque con condannare la Vollaro sull'azion penale, e con ammetter la Forte come interventrice ad un giudizio che non poteva più proseguirsi ha violato questo articolo.

,, Udito il rapporto ec. ed inteso il pubblico ministero - La corte suprema - Vista la seconda parte dell'articolo 4 della legge de' 12 febbraro 1817 così concepita: ,, La rinunzia fatta a favore di un reo o di un complice, produce gli stessi effetti a favore del correo o del complice. ,,

,, Attesochè la specie del fatto presenta che la Forte fu offesa nella lotta avuta colla Vollaro, alla quale lotta presero parte i conjugi Gallo e Mancàno in ajuto della Vollaro.

,, Attesochè avendo l' offesa Forte rinunciato ad ogni istanza di punizione verso i correi Gallo e Mancàno, la di lei rinuncia operativa era ancora sul conto della Vollaro ai termini della trascritta testuale disposizione di legge: ,,

,, Attesochè la gran corte criminale di Napoli dichiarando abolita l'azione penale pei conjugi Gallo e Mancàno, e condannando la Vollaro violò manifestamente l' articolo suddetto della legge de' 12 febbraro 1817.

,, Per tale considerazione annulla la suddetta decisione, e rinvia la causa alla gran corte criminale di Terra di Lavoro ec.

Pei casi nei quali la rinunzia abolisce la istanza del querelante vedi *Abolizione* §. 1.

,, §. Le donne ed i minori per l'autoriz-
,, zazione necessaria alla domanda de' danni
,, ed interessi si uniformeranno alle regole
,, relative a tutte le altre azioni civili. *Art.*
,, 36. *Leg. di proc. ne' giud. pen.*

Le leggi civili dispongono che la donna maritata non può stare in giudizio senza l' autorizzazione del marito - Vedi *Matrimonio* §. 43. Dispongono poi pei minori, che il tutore dee rappresentarli in tutti gli atti civili - Vedi *Tutela* §. 49.

RAPPRESENTAZIONE. Vedi. *Successione* §. 7.

» RATTO. §. 1. Chiunque rapisca con
» violenza una persona, sia per abusarne,
» sia per oggetto di matrimonio, sarà puni-
» nito colla rilegazione.

» La pena ascenderà di un grado, quan-
» te volte al ratto con violenza si accopi lo
» stupro o consumato, o tentato, o manca-
» to. *Art.* 336. *Leg. pen.*

È ratto, al dir di Giulio Claro, il condurre, che si fà una donna da un luogo all' altro per cagione di libidine.

» Raptum committit qui mulierem libidinis causa de loco ad locum conducit. *Julii Clari Sententiarum lib.* 5. §. *Raptus.*

Questa definizione parve però poco esatta allo stesso giureconsulto per cui aggiunse che nel ratto dee concorrere un atto effettivo, e reale che necessariamente esprima la violenza.

» Adverte, quod etiam requiritur, quod per vim rapta sit, ideo cave, quia debent deduci actus necessario concludentes violentiam. *Ibidem n.* 1. *lit. a*

Più precisamente Caravita chiamò ratto il togliere con violenza o con dolosi artificj una donna da un luogo all'altro per motivo di libidine.

» Raptus definitur violenta, vel cum malis artibus abductio mulieris de loco ad lo-

cum libidinis causa. *Caravita. Instit. crim. lib.* 1. *cap.* 47. *n.* 1.

Giustiniano colpì di morte questo reato: anzi dichiarò la impunità dei congiunti, dei tutori, e dei curatori che nella flagranza del ratto uccidevano i rapitori.

» Raptores virginum honestarum, vel ingenuarum, sive jam desponsatae fuerint, sive non, vel quarumlibet viduarum foeminarum, licet libertinae, vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes, capitis supplicio plecteudos decernimus, et maxime si Deo fuerint virgines vel viduae dedicatae, quod non solum ad injuriam hominum, sed etiam ad ipsum omnipotentis Dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non possit; et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine hujusmodi raptores sint vacui (*cum plerumque in talibus rapinis homicidia perpetrentur*).

» Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem constitutionem, ut hii, qui hujusmodi crimen commiserint, et qui eis auxilium invasionis tempore praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina, et adhuc in flagranti crimine comprehensi, et a parentibus virginum, vel ingenuarum, vel viduarum, vel quarumlibet foeminarum, aut earum consanguineis, aut a tutoribus, vel curatoribus, vel patronis, vel dominis convicti interficiantur.

» Quae multo magis contra eos obtinere sancimus qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici tenentur crimine, tam adulterii scilicet, quam rapinae, et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adjectione puniri.

» Quibus (*raptoribus*) connumeramus etiam eum qui saltem sponsam suam (*idem e contra si sponsa vel mulier rapiat hominem, licet hoc raro contingat*) *L. unica cod. de raptu virginum.*

Oltre la violenza che costituisce il principale requisito del ratto, dee benanche manifestarsi in questo reato il fine pel quale viene commesso; cioè l'abuso della donna rapita, o il matrimonio da effettuarsi con lei per forza e senza il consenso de' di lei genitori. Quindi la mancanza di uno di questi oggetti stacca, al dir di Carpzovio, ogni imputabilità in persona del rapitore.

» Si foemina fuerit rapta non libidinis satiandae causa, nec crimen raptus committitur, nec ejusdem poena obtinebit. *Carpzovii. P.* 1. *Quaest.* 40. *n.* 28.

Intanto è da conchiudersi con Fabro che non vi è reato di ratto in persona di una donna presa per causa di matrimonio col consenso de' congiunti, e contro l'assenso del curatore.

» Etsi raptum etiam in volentem et consentientem puellam committi posse placuit, tum quoque cum nulla vi adhibita, solisque blandimentis adducta est a domo patris, dummodo libidinis causa id factum probetur. Placuit tamen neque crimen, neque poenam raptus quam severissima aeque ac justissima lex Justiniani constituit, incurrisse videri eum qui virginem sub curatore positam eo inscio vel invito uxorem duxit, ex proximiorum agnatorum voluntate. *Fabri cod. lib.* 9. *tit.* 9. *de raptu virginum. Definitio* 1.

Le medesime dottrine sono state consagrate dalla già nostra corte di cassazione con decisione de' 21 febbraro 1811.

,, *Fatto.* Il giudice di pace del comune di Cirignola ad istanza del canonico signor Giandonato Caputi, che si disse tutore de' figli minori del fu Pasquale Russo, compilò talune carte sul dedotto ratto di Serafina Russo, una delle figlie minori di detto fu Pasquale, del quale ratto, fra gli altri fu imputato il signor Felice Borrelli. Trasmesse queste carte alla corte criminale della provincia di Capitanata, quel regio procuratore domandò di proseguirsi più esatte indagini, per liquidarsi i complici del dedotto ratto, e di spedirsi intanto il mandato di arresto contro al Borrelli.

» La detta corte criminale con deliberazione emessa il dì 30 gennaro del corrente anno 1811, considerando, che la mossa fatta dalla zitella Serafina Russo; in essersi appartata, e trasferita dalla propria casa in quella del canonico Marra, fu di consenso, e di annuenza della di lei madre, e senza veruna violenza e cooperazione del Borrelli, il quale oltra parte non prese, se non quella di

accompagnarla nella casa di Marra ; ordinò, che non vi era luogo a procedimento in tal causa.

» Contro di tal deliberazione il pubblico accusatore presso la suddetta corte criminale produsse ricorso per cassazione, assumendo, che mal si era deliberato di non esservi luogo a procedimento per non essere conosciuto dalla legge il ratto, come delitto, mentre è un delitto il ratto, specialmente in persona di una minore appartenente a famiglia onesta, e sotto l'altrui potestà: che neppure regga tal deliberazione, per non essersi provato di essere seguito lo stupro ostando gli articoli 17. 224, e 232 della legge penale de' 20 maggio 1808, e che non ostava l'articolo 233 di detta legge; così perchè fu abrogato dal real decreto de' 23 ottobre 1809 come perchè trovandosi la rapita sotto la potestà del tutore, questi denunciò il ratto, e la rapita non potea rimettere l'offesa senza l'autorizzazione del tutore.

» Udito il rapporto; ed inteso il regio procurator generale Poerio nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto il rigetto del ricorso - La gran corte deliberando nella camera del consiglio - Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso per cassazione - Facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. presso di essa gran corte.

» Considerando, che ratto non possa dirsi la semplice adduzione di una donzella da un luogo, ad un' altro, senzacchè vi concorre l'animo di soddisfare alla libidine.

» Considerando, che lungi di esservi concorso nel caso in questione l'animo suddetto, la corte criminale di Capitanata ha dichiarato nella sua decisione, che la mossa fatta dalla donzella Serafina Russo, in essersi appartata, e trasferita dalla propria casa in quella del canonico Marra sia stata di consenso, ed annuenza della di lei madre, senza la menoma violenza del prevenuto Felice Borrelli, il quale altra parte non vi prese, se non quella di accompagnarla nella casa del Marra, ne segue quindi, che mal si adattino al caso suddetto gli articoli 17. 224, e 132 del codice penale allegati dal pub. minist. nel suo ricorso per dimostrare di essersi contravvenuto alla legge nell'avere quella corte dichiarato di non esservi luogo a procedimento - Per siffatte considerazioni la gran corte rigetta il ricorso.

» §. 2. Le stesse pene stabilite nell'articolo precedente saranno applicate contro chiunque rapisca con frode o con seduzione una persona che non ancora sia giunta all'età maggiore di sedici anni compiuti, e che sia sotto la potestà de' genitori o tutori, o pure in un luogo di educazione. La pena discenderà di un grado se il rapitore sia minore di ventuno anni compiuti. *Art.* 337. *Leg. pen.*

Monseignat espose alla commissione di legislazione di Parigi che « dopo di aver garantito l'infante con misure tutelari e conservatrici, la legge accorda ai minori una protezione speciale: prevede il loro rapimento dal luogo ov' erano stati collocati dalle persone, alla di cui autorità o protezione essi erano sottoposti o affidati, abbraccia nella sua generalità i minori di ambo i sessi, e punisce chiunque li avrà trascinati, rimossi o sviati con violenza o con frode, e per conseguenza col mezzo di minacce, di bevande, di liquori inebrianti o di qualunque altra cosa che li avrà privati dell'uso della loro volontà. Questo rapimento può essere più colpevole ne' suoi motivi, più pericoloso nelle sue conseguenze verso il sesso il più debole, perciò vien punito con pena molto più grave, quando ha per oggetto una figlia minore di sedici anni.

» Poco anche importa che in questa circostanza il rapitore abbia impiegata la violenza, il dolo, la frode o soltanto la seduzione. È cosa indifferente ch' egli abbia con violenza trascinata la vittima lungi dal suo asilo o che questa l'abbia seguitata senza esservi astretta. Il consenso dato da una fanciulla minore di sedici anni non ha influenza alcuna sopra la natura della pena: esso vien riputato come strappato dalla timidezza di questo sesso, o come l'effetto fallace delle illusioni e de' prestigi, con cui è facil cosa l'abbagliare la inesperienza e la credulità propria di questa età. *Rapporto de' 17 febbraro 1810. al corpo legislativo.*

Dufour osserva inoltre su di un articolo

quasi uniforme contenuto nel codice penale francese adottato nel regno nel 1812, che

» Questo misfatto il quale ha l'origine dalla cupidigia o dalla depravazione de' costumi, e sovente da ambedue insieme unite, offre una de' più pericolosi attentati contro alla debolezza e contro all'inesperienza: mentre ognuno vede chiaro che un minore non può essere involato alle persone che lo sorvegliano, se non colla violenza o colla frode.

» La disposizione di questo articolo abbraccia nella sua generalità i minori de' due sessi, a pro de' quali venendo in soccorso la legge con misure salutari e conservatrici come ha fatto a pro de' fanciulli esposti ed abbandonati, prevede in primo luogo il caso in cui il rapitore, adoprando frode o violenza, rapisce o fa rapire un minore, lo tira seco, lo trafuga, lo rimuove o pure lo fa condurre via, trafugare, rimuovere dal luogo in cui è stato collocato dalle persone alla cui autorità e direzione era stato sommesso o affidato. In qualunque modo ciò avvenga, anche quando fusse in conseguenza di minacce, bevande composte, liquori inebbrianti, ed altri mezzi adoprati per toglier l'uso della propria volontà, la stessa legge fulmina senz'eccezione la pena della reclusione.

» Non vi è legislazione antica che non contenga severità maggiore su tale oggetto. Senza entrare in un dettaglio si esteso, ci basta sapere che presso tutte le nazioni il ratto è stato sempremai considerato per uno dei più gravi misfatti, e punito colla morte. Non poche leggi abbiamo specialmente degli Ateniesi e dei Romani. Il reo poteva anche esssr ucciso sul fatto Ai complici era riserbato l'ultimo supplicio.

» Gli estremi di questo misfatto sono: 1. l'adduzione da luogo a luogo: 2. la violenza o fisica o morale, consistente cioè nella circonvenzione; 3. che il fine del rapitore sia quello di appagare la propria sensualità; 4. la precedente onestà dei costumi della persona rapita. Il nostro codice esige un altro requisito, cioè la minor età della medesima.

» Dall'espressioni della legge unica, codice *de raptu virginum* che da per causale della sua disposizione: *Maxime cum virginitas, vel castitas corrupta restitui non possit*, si è dedotto che non si poteva imporre al rapitore la pena ordinaria, se non vi era seguita la violazione; ma ciò non è necesserio ai termini del codice che prescrive per la violazione anche senza rapimento la pena medesima ch'è stabilita per il ratto. Anche il semplice ratto offende realmente un individuo ed una famigiia.

» Mancando l'estremo del fine lussorioso, avea luogo la pena della legge Fabia dei Plagiarj, che consisteva nella condanna ai lavori delle miniere, o nella esposizione alle fiere, o nella decapitazione secondo la condizione del reo. *Dufour. Osservazione all' articolo* 354. *del cod. penale.*

» §. 3. Se il rapitore, a' termini de' due » articoli precedenti, volotariamente rimetta » in libertà la rapita senza averla offesa, e » senza averne abusato, restituendola alla » propria famiglia, o alla casa di sua custo- » dia, o pure ponendola in altro luogo si- » curo, la pena disceuderà all' esilio corre- » zionale o confino. Nel caso in cui il ra- » pitore avesse sposata la fanciulla rapita, egli » non potrà essere processato che a querela » delle persone il di cui consenso, secondo » le leggi civili, era necessario pel matri- » monio, nè potrà essere condannato se non » dopo di essersi pronunziato dall'autorità » competente che il matrimonio non produ- » ca gli effetti civili: il tutto a' termini del- » le leggi civili. *Art.* 338. *Leg. pen.*

Questo articolo suppone principalmente che il rapitore già indotto dalla effervescenza di cieca passione e dopo aver avanzato temerario i suoi passi alla intrapresa del ratto, rientra pentito nella conoscenza de' proprj doveri lasciando libera, ed illesa la donna rapita. Un errore emendato eccita perciò dei riguardi a favore del colpevole; in modo che il carattere del misfatto intrapreso perde la sua gravezza, restando solo punibile quella domestica pace lesa dalla violenza, e già col ratto violata. Sotto questo semplice rapporto si è adunque applicata la pena del delitto.

In secondo luogo le persone che debbono

dare il consenso pel matrimonio de' figli essendo il padre, e la madre, questi soli possono perciò produrre la querela.

» Il figlio che non è giunto all' età di anni venticinque compiti, e la figlia che non ha compita gli anni ventuno, non possono contrarre matrimonio senza il consenso del padre, e della madre. Nel caso che sieno discordi il consenso del padse sarà sufficiente. *Art.* 163. *Leg. civ.*

Vedi *Matrimonio* §. 36.

D' altronde quando questo reato è accompagnato da altro misfatto, ha luogo l'azione pubblica.

» Senza istanza della parte privata non si apre adito all' azione penale nè reati di stupro, di ratto, di adulterio, o di altro violento attentato al pudore.

» Quando però alcuno di questi reati sia accompagnato da altro misfatto, o sia commesso con riunione armata, l'esercizio dell' azione penale è indipendente dell'istanza privata. *Art.* 40. *leg. di proced. ne giud. pen.*

» §. 4. I reati indicati ne' precedenti ar-
» ticoli, consumati, tentati o mancati saran-
» no puniti con un grado di più delle pene
» ivi stabilite, quanto il colpevole si sia ser-
» vito della sua qualità di uffiziale pubblico,
» o sia un domestico con salario delle per-
» sone offese, o pure sia una delle persone
» designate nei numeri 3 e 4 dell'articolo
» precedente *Art.* 340. *Leg. pen.*

L' autorevole rapporto di pubblico officiale, d' institutori, di direttori, di tutori, e di custodi spiega ordinariamente inganni, e prestigi tali da illudere la credulità delle persone ad essi rispettivamente soggette: quindi il ratto che avviene con questo mezzo risulta chiaramente commesso da una violenza morale, che strappando la vittima dalla timidezza e dalla soggezione domestica la trascina al misfatto.

» §. 5. I reati indicati negli articoli pre-
» cedenti, consumati, mancati, o tentati
» saranno puniti con un grado di più delle
» pene ivi stabilite in ognuno de' seguenti
» tre casi: 1. se il colpevole nell'eseguire
» il misfatto venga ajutato da una o più per-
» sone: 2. se vi abbia impiegato armi: 3.
» se la persona contro di cui si è usata vio-
» lenza, o se altra persona che è accorsa
» in suo ajuto, sia stata ferita o percossa,
» quando anche la ferita o percossa non ab-
» bia i caratteri di omicidio tentato o man-
» cato. *Art.* 341. *Leg. pen.*

I casi riuniti in questo articolo che dan motivo ad un aumento di pena sono i caratteri della violenza, caratteri tali però da renderla qualificata nei mezzi. Emerge da ciò che il ratto si può commettere colla violenza semplice e colla violenza qualificata. Nel primo caso ha luogo l'articolo 336 (§. 1.); nel secondo caso l'articolo presente.

» §. 6. I reati preveduti ne' precedenti
» articoli, tentati, mancati, o consumati sa-
» ranno puniti col quarto grado de' ferri,
» quando la ferita o percossa menzionata nel
« num. 3. dell'articolo precedente abbia i
» caratteri di omicidio tentato o mancato.

» Se vi sia intervenuto l'omicidio, la pe-
» na sarà quella della morte. *Art.* 342. *Leg.*
» *pen.*

» §. 7. I reati preveduti negli articoli 333.
» (*V. Stupro* §. 1.) e 336 (§. 1.) com-
» messi in persona di una pubblica meretri-
» ce sono puniti con uno a due gradi me-
» no. *Art.* 343. *Leg. pen.*

» RECIDIVA. §. 1. È recidivo chiunque
» dopo di essere stato condannato per un
» reato, commetta altro reato. Si ha per
» condannato ogni individuo contra il quale
» si trova profferita irrevocabilmente una pe-
» na, in modo che se ne renda legale l'ese-
» cuzione. *Art.* 78. *Leg. pen.*

Dalla suprema corte di giustizia con due uniformi decisioni è stata consagrata la giurisprudenza che una condanna penale profferita da estero magistrato non imprime il carattere di recidiva in persona di un delinquente giudicabile dai tribunali del regno

1. Decisione de' 18 settembre 1818.

» *Fatto*. La notte de' 7 agosto fu aperta con chiave falsa la cantina di Gennaro Gallo sita nel comune di Castellammare, e ne furono rubati undici piretti di vetro, e quattro damigiane anche di vetro, ma piene di vino. Di questo reato furono imputati Domenico ed Ignazio Voccia.

,, Nel dì 10 dello stesso mese di agosto

dietro briga insorta per causa di giuoco di carte nella bettola di Donato Vitaglione, Sebastiano Cesarano riportò da Domenico Voccia un colpo di stile, che gli cagionò malattia, ed inabilitazione al travaglio per più di venti giorni.

,, Conseguenza della medesima briga si fu, che i fratelli Carlo, ed Angelo Cuomo furono in più parti dei loro corpi feriti da Domenico Voccia, e da Lorenzo Voccia, le quali ferite però recarono agli offesi malattia, ed incapacità al travaglio per un periodo minore di venti giorni.

,, Indipendentemente da ciò Lorenzo Voccia era stato per misfatto di omicidio condannato dal tribunale straordinario di Lucera ad anni 7 di ferri; e Domenico Voccia per imputazione di furto era stato dalla gran corte criminale di Benevento condannato alla stessa pena di anni 7 di ferri.

,, Presentata questa causa alla gran corte criminale di Napoli, la medesima con decisione de' 30 marzo del corrente anno 1818 dichiarò 1. Domenico Voccia, ed Ignazio Voccia colpevoli di furto con chiave falsa in danno di Gennaro Gallo, concorrendo nel Domenico la qualità di recidivo: 2. dichiarò Domenico Voccia colpevole di ferita non iscusabile in persona di Sebastiano Cesarano, a cui produsse inabilitazione personale al travaglio per più di venti giorni, anche con qualità di recidivo: 3. dichiarò lo stesso Domenico Voccia colla qualità stessa di recidivo colpevole di ferita volontaria non iscusabile in persona di Angelo Cuomo, a cui produsse malattia per meno di 20 giorni; 4. dichiarò anche con qualità di recidivo Lorenzo Voccia colpevole di ferita volontaria non iscusabile in persona di Carlo Cuomo, a cui recò malattia per meno di 20 giorni: 5. dichiarò colpevoli di asportazione di armi vietate tutt' i nominati Domenico, Lorenzo, ed Ignazio Voccia, concorrendo per i primi due la recidiva: e presi in considerazione gli articoli 384. 311 e 56 del codice penale sul conto di Domenico Voccia: l'articolo 384 sul conto d'Ignazio Voccia: e gli articoli 311 e 56 del cod. penale, non che il real decreto de' 15 settembre 1815 sul conto di Lorenzo Voccia, condannò Domenico Voccia alla pena de' lavori forzati perpetui, precedente esposizione alla gogna: Ignazio Voccia alla pena di cinque anni di lavori forzati, precedente esposizione alla gogna: Lorenzo Voccia ad anni sei di prigionia: e tutti e tre alle spese del giudizio.

,, Il solo Domenico Voccia ha chiesto l'annullamento della riportata condanna. Di tutti gli allegati mezzi il solo mezzo seguente ha meritato la discussione della corte suprema,

,, La pena della recidiva non potea applicarsi subitocchè il misfatto precedente era stato commesso in paese straniero, e subitocchè straniero tribunale avea profferita la precedente condanna.

,, Udito il rapporto: inteso il signor D. Antonio Migliaccio avvocato del ricorrente: ed inteso l'avvocato generale Nicolini, il quale dopo di aver brevemente confutato gli altri mezzi per annullamento, si è rivolto a quello, che riguarda l'applicazione dell'articolo 56 del cod. pen. ed ha proseguito nel modo seguente »» Gli argomenti, co' quali si sostiene la nullità della decisione per essersi controvvenuto all'articolo 56 del codice penale mi sembrano più speciosi, che solidi. Voccia fu condannato in Benevento alla pena de' lavori forzati. Espiò due anni di questa pena nel bagno di Napoli. I lavori forzati sono certamente una pena afflittiva, ed infamante (articolo 7 del cod. penale): ma chi è punito di pena afflittiva, ed infamante, è condannato per misfatto (articolo 1.) Voccia dunque fu condannato per misfatto. Ora per applicarsi l'articolo 56 non si richiede altro, se non che il colpevole di un nuovo misfatto sia stato condannato per altro misfatto (*chiunque essendo stato condannato per misfatto* sono le parole dell'articolo). Voccia dunque entra evidentemente nel caso dell'articolo 56. »»

»» Che direm poi quando osserveremo, che il primo, e il secondo misfatto di Voccia entrambi son furti, vale a dire misfatti della medesima *specie*? Che Voccia è regnicolo, è stretto in conseguenza dalle leggi del regno fin da che aperse gli occhi alla luce: che il codice, col quale fu costui condannato in Benevento, è lo stesso che questo, il

di cui articolo 56 gli è stato oggi applicato? E che Benevento mal potevasi considerare allora come un dominio intieramente straniero; poichè qui esistevano molti magistrati, vi aveano influenza legale (come era una corte di cassazione) e mentre finanche le pene colà pronunziate si espiavano ne' nostri bagni? »»

»» Ma si tolgano dinanzi agli occhi vostri tutte queste particolari circostanze della causa presente. Guardiamo, se vi piace, guardiamo la quistione sotto forme più generali, e forse più degne della corte suprema. Non si vegga altro se non se un condannato da magistrato straniero, e in paese straniero a pena afflittiva, ed infamante, che commette un'altro misfatto nel regno; è a costui applicabile l' articolo 56? Io sostengo, che sì; e sostengo, che la gran corte criminale di Napoli ha con molta saviezza aggravata la pena dell' ultimo misfatto in questa provincia commesso.

»» In primo luogo, distingue forse la legge il giudice, o il luogo, o il tempo, o la forma della prima condanna? Essa dice in termini generalissimi - *Chiunque essendo stato condannato per misfatto* - Per trovare falsa l'applicazione di questo articolo converrebbe, che si fosse manifestamente contravvenuto alla sua espressione testuale. L'articolo 114 della legge organica vieta a noi di annullar decisioni, in cui ci sembri di essersi contravvenuto allo spirito della legge. Se ci arroghiamo noi la facoltà d' interpetrare la legge, e di volerla applicata secondo le nostre interpetrazioni, non ci eriggeremo forse in legislatori? Chi ha la sovrana potestà di far la legge, quegli solo è che può interpetrarla, e spiegarne lo spirito. Se a' magistrati, e sia qualunque il loro grado, si dasse questo potere, le proprietà, e la sicurezza pubblica, e privata sarebbero in loro balia, e si romperebbe ogni argine al torrente delle opinioni. La corte suprema è istituita per mantenere la esatta osservanza della legge, e per richiamare alla loro esecuzione i giudici, che se ne fossero allontanati (articolo 112 della leg. org.). Or la gran corte criminale di Napoli trovò un'articolo di legge concepito in forma generalissima, e senz'alcuna distinzione; e lo applicò senza distinzione e in tutta la generalità del suo senso. Non lo ha forse così esattamente osservato? Potremo noi dirle, che ha fatto male a stare al testo della legge, e che dovea rompere questi cancelli, e consultarne *vim et potestatem*, e fare a buon conto più quello ch'era sua opinione, che quello, che testualmente la lettera della legge esigeva? Non siamo così lontani dalla nostra istituzione da poter temere un tal traviamento. A voi stessi si sono presentati altri recidivi dopo condanne per truglio, e per misfatti diversi dal primo: e ne' quali il primo misfatto si è commesso sotto l'impero di altro codice. Voi avete sostenuto, che ciò, che la legge non distingueva non era lecito a voi di distinguere. Vi è bastato l' elemento di una condanna antecedente per misfatto, comunque questa fosse stata pronunziata. Ed oggi non avete forse l' istesso elemento? Ma si oppone, che il giudice, che condannò Voccia, non era del regno. Ed in quegli altri casi non si oppose forse, che la forma delle prime condanne non era forma autorizzata oggi nel regno, e che la legge, che le produsse era diversa dalla legge vigente nel tempo dell' ultimo misfatto? Voi rispondeste, che la legge non imponeva altra condizione se non se il *fatto*, che il colpevole fosse stato altra volta condannato, senza esigere uniformità di rito ne' due giudizj, nè uniformità di legge nell' applicazione di queste, nè uniformità di misfatti fra il primo, ed il secondo. Or se la legge stessa nel non esigere queste condizioni nemmeno esige l' altra, che i giudici del primo, e del secondo misfatto ripetano la loro autorità dallo stesso Sovrano, chi non vede, che qualunque sia il giudice, che abbia profferita la prima condanna, l' articolo è sempre ben applicato? »»

»» In secondo luogo chi non sà, che nello stato presente di civilizzazione, e di pace tra tutt' i Sovrani di Europa regna uno spirito solo, e concorde, il quale inteso alla felicità universale perseguita, e fa oggetto di particolar vigilanza ogni specie di delinquenti, qualunque sia la loro patria, e il luogo del loro misfatto? Chi non conosce gli ultimi

trattati colla Santa Sede, cui appartiene Benevento, per l'arresto de' malfattori, che delinquendo in uno Stato si rifuggiano nell'altro, e per la estradizione de' detenuti? »»

»» Nè dee passarsi in silenzio, che il dovere dello straniero di ubbidire alle leggi del regno, allorchè entra ne' suoi confini, è di tanto più forte, quanto con minori obbligazioni vi ottiene ospitale, e compiuta garantia della sua personale sicurezza. Un condannato, benchè abbia espiata la pena, è troppo sospetto nel proprio paese, per dover esserlo a maggior ragione nell' estero, e venirne interamente escluso. Con tutto ciò egli vi penetra, e vi penetra d' ordinario senza beni, senza famiglia, senza rapporti personali. Vi penetra dopo essere uscito dalla vista e di giudici, che lo hanno condannato, e de' luoghi della sua pena, che incessantemente gli ricordavano di emendarsi, e de' suoi cittadini, e della municipale magistratura preventrice, che vegliava continuamente su di lui. Vincoli son questi per se medesimi assai forti a rimettere per la via dell'onore un cittadino traviato. Sciolto intanto da essi chi è colà condannato, si slancia libero nel nostro paese. Or qual'è l'altro freno, che qui può rimanergli, perchè non laceri anche il fianco a questo regno ospitale? L'unico, che resta, è lo spavento di una pena maggiore di quella, che si dà ad un reo, che entra la prima volta nella carriera de'misfatti. Noi puniamo di questa ogni nostro concittadino altra volta condannato, il quale pure da tanti altri lacci è stretto. Ad una fiera così sprigionata, e libera di tutt'i suoi freni, nemmeno questo potremo noi gettare sul collo? E quale allora sarebbe miglior legislazione, quella cioè di Tauride, che per non contaminare di usi stranieri la patria, uccideva tutt'i forestieri, che giungevano in quel lido, o questo, che per aprire troppo liberamente la patria a costoro, abbandona i suoi figli senza garantia al lor pugnale, ed alle loro rapine? Se quella legge offendeva gli stranieri, questa ucciderebbe i proprj cittadini; e lascio a voi considerare qual delle due più cruda sarebbe, ed improvvida. »»

»» Grandi mi sembrano queste vedute, e degne della corte suprema. Nè mi si dica, che ammettere gli effetti della recidiva sarebbe un eseguire la prima condanna; che per l'articolo 546 del cod. di procedura civile le sentenze pronunziate da'tribunali stranieri sono suscettibili di esecuzione nel regno, allorchè solo con formale decisione vi sono dichiarate esecutorie; che una condanna anche a pena afflittiva, e infamante fuori regno potrebbe essere avvenuta per maleficio, che noi chiamiamo delitto, e non per misfatto; e che in ultimo se si ammettesse l' applicazione dell'articolo 56 anche a' condannati in paese straniero, converrebbe per ogni forestiere accusato far precedere perquisizioni, ed indagini nella sua patria. »»

»» Volesse il cielo, che ogni inquisizione per misfatto potesse esser preceduta dalla esatta informazione della vita antecedente dell'incolpato! Questo sarebbe il maggior dovere degl'istruttori: questo spargerebbe di luce tutto il processo. E per i forestieri particolarmente qual'è il procedimento, che può dirsi compiuto, se le ragioni del loro discesso dalla patria, ed i punti principali della loro vita non si conoscono? Ciò che si teme dunque dall' applicazione indistinta dell' articolo 56 è ciò appunto, che dovrebbe non desiderarsi solo, ma farsi. Che se le circostanze della causa, se la lontananza della patria del colpavole, se i rapporti politici di due Stati non permettessero queste indagini; ciò rientrerebbe nella classe di tutto ciò, ch'è utile, o necessario di fare nelle istruzioni di processi criminali, e che non può per circostanze particolari della causa eseguirsi. »»

» Ma poi può ricorrersi all' articolo 546 del cod. di procedura civile? Questo è conceputo ne' termini seguenti »» I giudizj pronunziati da' tribunali stranieri, e gli atti ricevuti dagli uffiziali stranieri, non saranno suscettibili di esecuzione nel regno, che nella maniera, e ne' casi preveduti dagli articoli 2123 2128 del codice civile »» Articolo 2123 L'ipoteca non può risultare da'giudizj pronunziati in paese straniero, che altrettanto ch' essi siano dichiarati esecutorj da un tribunale del regno - Articolo 2128. I contratti passati in paese straniero non possono dar ipoteca su beni del regno, se non vi siano disposizioni contrarie a questo principio nelle

leggi politiche, e nè trattati»» Io non sò cosa mai possono questi articoli aver di comune col recidivo, di cui trattiamo, a meno che non si dica, che la condanna pronunziata in Benevento gli avesse data un'ipoteca sul bagno di Napoli, o di Castellamare, e che oggi di questa ipoteca debba trattarsi. Ma oggi non si tratta di eseguire la condanna pronunziata in Benevento: essa è stata eseguita: anzi parte di essa si è eseguita ne' bagni di Napoli, e di Castellamare. La quistione d' oggi è di fatto. È egli un condannato per misfatti, o nò? Quando entrò nel regno, entrò colla veste di condannato? Sventuratamente per lui con questa qualità si è egli presentato al nuovo giudizio. Un'uomo dunque altra volta condannato per misfatto è entrato nel regno, e vi ha commesso un misfatto. Quest'altro misfatto è quello, che vien giudicato; non si torna, nè si può più ritornare al giudizio del primo; poicchè la condanna ne fu in tutto, o in parte eseguita; ed appunto perchè la condanna fu eseguita è diventata una verità di fatto, il quale unito all'altro fatto del nuovo furto criminale costituiscono insieme il fatto morale della recidiva: ma la pena maggiore si dà al nuovo, non al primo misfatto. Nel nuovo si riconosce la maggior perversità del colpevole, cui l'aver subita una pena non ha prodotto l'emenda salutare, che la legge tenne in iscopo. Questa maggior perversità quivi è commessa: qui si è punita: e qui si vuole eseguire la decisione non del magistrato straniero, ma del nostro. Che entrano in siffatta quistione l'articolo 549 e il 2123 e il 2128 che parlano d'ipoteche sopra immobili situati nel regno, e di esecuzioni di sentenze civili pronunziate in paese straniero? Se si trattasse di esecuzione della condanna pronunziata in Benevento, vi sarebbe luogo all'estradizione, non già alla esecuzione dell' articolo 549: ed all' estradizione Voccia fu soggetto; quando da bagni di Castellamare a quelli di Roma, questa estradizione compiè la esecuzione della prima decisione. Oggi non si parla di questa, ma della seconda.

» Molto meno vale il ricorrere alla possibile differenza delle due legislazioni. Non parlo della Francia, ove per i regni, che momentaneamente le furono aggregati, si applicò sempre l'articolo 56 à condannati dal magistrato già straniero a lei, e per altra legge, purchè costoro avessero commesso il misfatto nella Francia. Ma voi stessi non avete posto fine à richiami di Domenico Capasso, il quale sol perchè in truglio, ed in forza di altra legislazione era stato prima condannato in galea per furto, fu poi condannato a morte per omicidio volontario? Esaminaste voi forse se quel furto era misfatto, o delitto secondo la nuova legge? Bastò a voi la prima condanna a pena afflittiva e infamante, seguita da un secondo misfatto degno di lavori forzati perpetui, e rigettaste il ricorso.

» Or qui avete ancora l'identità del codice, con cui fu pronunziata la prima, e la seconda condanna; sicchè la pena deve farvi certissimi del'a qualità di misfatto nel primo reato. Che se anche questo fosse stato sempre appo noi delitto correzionale, o se per legge posteriore vi fosse tale divenuto, cosa mai gioverrebbe ciò al reo? Nel primo reato dee guardarsi l' epoca del giudizio, e non quella del reato secondo. Voccia fu condannato per misfatto; e ciò basta. Reato nella società è ogni atto, ogni omissione contraria ad una legge penale. Se questo atto, se questa omissione è trattata più dolcemente dalle leggi posteriori, o in paese diverso, non perciò il giudicato se ne divelle, nè la reità del condannato è minore. Il suo dolo fu nel disprezzo della pena imposta, perchè non facesse ciò, ch' era vietato. *Si prohibita impune ascenderis, neque metus ultra, neque pudor est.* E nulla rileva se ciò che dalla legge era vietato in tempo del misfatto, sia poi per altra circostanza dalla legge permesso; tanto più quanto l'esecuzione della condanna ha posto il suggello alla solennità di quest' atto giudiziario.

» Tutte queste ragioni mi fanno esser d' avviso per lo rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio.

» Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso:

» Visto l'articolo 1. del cod. pen. così concepito: »» La violazione, che le leggi puniscono con pene di polizia, è una contravven-

zione: la violazione, che le leggi puniscono con pene correzionali, è un delitto: la violazione, che le leggi puniscono con pena afflittiva, o infamante, è un misfatto:

» Visto l'articolo 4. dello stesso cod. concepito così »» Niuna contravvenzione, niun delitto, niun misfatto possono esser puniti con pene, che non erano pronunziate dalla legge prima che fossero commessi. »»

» Visto l'articolo 56 del cod. stesso così concepito »» Chiunque dopo essere stato una volta condannato per misfatto ne avrà commesso un secondo........, se il secondo misfatto porti seco la pena de' lavori forzati a tempo, sarà condannato ai lavori forzati perpetui.

» Visto l'articolo 546 del cod. di procedura civile concepito così »» I giudicati di esteri tribunali, e gli atti ricevuti da uffiziali stranieri non sono esecutivi nel regno, che nè modi, e ne' casi previsti dagli articoli 2123 e 2128 del cod. civile:

» Visto articolo 2123 del cod. civile così concepito »» Non può derivar ipoteca dalle sentenze pronunziate in paese straniero, se non quando ne sia stata ordinata la esecuzione da un nostro tribunale. »»

» Visto l'articolo 2128 dello stesso cod. concepito così »» I contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca su beni esistenti in regno, quando però non vi sieno disposizioni contrarie a questa massima nelle leggi politiche, o nè trattati: »»

» Visto l'articolo 1000 del cod. stesso così concepito »» I testamenti fatti in paese straniero non potranno aver esecuzione per riguardo ai beni situati in regno, se non dopo essersi stati registrati. »»

» Queste disposizioni della nostra legge patria son figlie de' principj di pubblico dritto, riconosciuti dalle nazioni tutte, cioè, che i reati, e le pene ricevono i loro caratteri, e la lor sanzione dalle leggi territoriali di ciascuno Stato: che niun individuo può esser punito nel proprio Stato per criminosa azione commessa nello Stato straniero: e che i giudicati, o gli atti, profferiti, o celebrati in estero paese, non han forza esecutiva nel paese proprio. Siffatti principj sono una emanazion naturale della giuridizion territoriale:

» L'ammissione di opposte massime menerebbe ad assurdi infiniti. I caratteri della reità non sarebbero più quelli fissati dalle leggi di ciascun territorio. Un cittadino non mai refrattario alle leggi del proprio paese vi si vedrebbe punito per reato commesso in paese estero. La territorial giuridizione perderebbe la sua supremazia, quando gli atti, ed i giudicati, celebrati e profferiti in estero paese, dovessero esser ciecamente eseguiti nel proprio paese.

» Sorgea dalle addotte incontrastabili verità, che Domenico Voccia pel furto commesso nello Stato estero non avrebbe potuto esser punito nel nostro regno: e che nel nostro regno non avrebbe potuto produrre effetto penale sul di lui conto la condanna contro di lui pronunziata dall'estero tribunale.

» Intanto la gran corte criminale di Napoli non facendo attenzione all'esposte massime di pubblico, e di patrio dritto, calcolò sotto l'aspetto di recidiva a danno del ricorrente il reato commesso in uno Stato estero, e la pena contro del medesimo dall'estero tribunale emessa. Ella con questo contegno violò manifestamente gli additati principj fondamentali di dritto pubblico, e le trascritte testuali disposizioni delle nostre leggi vigenti.

» Indipendentemente da queste osservazioni, bisognando di necessità la oculare lettura della precedente condanna per produrre l'aumento della pena sul secondo reato, poichè la qualità della recidiva è fissata dalla legge, e non dipende dalla libertà de' giudici, la gran corte criminale di Napoli violò anche la legge istitutrice della forma degli attuali nostri giudizj penali, convincendosi della recidiva senza di aver sott'occhio la condanna precedente, a cui era stato il ricorrente sottoposto.

» Non han fatto alcun peso nell'animo della corte suprema di giustizia le osservazioni presentatele dal pub. minist. nelle sue conclusioni.

» Egli vide nell'articolo 56 del nostro cod. pen. una sanzione universale, e tale, che in qualunque più remota regione del mondo abbia alcuno un misfatto commesso, di questo gli si possa far un carico nel paese nativo. La corte suprema non riconosce questo principio; poichè lo trova ripugnante alle

patrie leggi, ed al dritto pubblico. L'espressioni dell'articolo 56 son relative alle nostre leggi, e non alle leggi straniere. Vi sono delle azioni caratterizzate in un paese per criminose, e virtuose in altro paese, o in un paese riputate misfatti, delitti in un'altro. Leggi e territorio son parole correlative per necessità.

» La circostanza della uniformità delle leggi, che vigeano all'epoca del primo reato del ricorrente tanto nel luogo dove fu commesso, quanto nel nostro regno, non toglie, nè aggiunge alla presente quistione. La solidità del principio generale dalla corte suprema riconosciuto è tale, che non è suscettibile di alterazione per qualsivoglia combinazione di circostanze:

» In fine l'argomento tratto dalla varietà delle leggi, che si succedono in uno stesso regno, neppur è communicabile alla quistion presente; la diversità della giuridizione territoriale non è equiparabile alla diversità delle legislazioni di uno stesso regno, e ne son gli effetti tra loro distantissimi.

» Per tali considerazioni, ritenuti i fatti semplici, annulla la decisione suddetta per la sola definizione del misfatto, ed applicazion della pena, e rinvia la causa alla gran corte criminale di Salerno.

2. Decisione del 1. dicembre 1819.

» *Fatto*. Raffaele Villani nativo di Benevento, ma domiciliato in Montefusco, nel dì 8 novembre 1802. fu condannato dalla Sacra Consulta di Roma ad anni sette di galea per reato di ferite in persona di Gaetano Russo. Incominciata la espiazione di sua pena ottenne la escolpazione dall'offeso. Quindi pel rimanente di sua pena gli fu da Sua Santità accordata grazia nel dì 14. settembre 1803..

»Fu il Villani successivamente imputato di molti altri delitti negli anni 1808. 1812. 1813. 1814. e 1817. Per uno di questi gli fu data la pena di prigionia; non gli fu data alcuna per gli altri.

»Finalmente nel dì 20 dicembre 1818 celebrandosi la festa per la ricuperata salute del Re, il Villani dopo aver nel calore del vino vomitato delle laidezze contro di tal festa, uccise a colpo di stile l'usciere Gaetano Panza per averlo rimproverato.

»L'accusator pubblico presso la gran corte Criminale di Avellino con atto de' 15. gennajo del corrente anno 1819. accusò il Raffaele Villani di omicidio volontario con qualità di recidivo à termini dell'articolo 231. del codice penale allora vigente. Ritrattando poi in dibattimento l'accusa lo accusò di omicidio volontario con qualità di recidivo à' termini dell'articolo 56. del codice stesso.

» Ma la gran corte criminale con decisione de' 29. di quel mese dichiarò il Villani colpevole soltanto di omicidio volontario: dichiarò, che nel omicidio non concorse alcun fatto di scusa a favore del colpevole: dichiarò, che non era egli recidivo: ed appolicato l'articolo 304. del codice penale allora vigente lo condannò alla pena de' lavori forzati perpetui ed alle spese del giudizio.

»Di questa decisione chiesero l'annullamento tanto l'accusator pubblico, quanto lo stesso condannato Villani.

»Gli assunti intrapesi dal pubblico accusatore si riducono a' seguenti 1. l'articolo 56. dichiara recidivo chiunque dopo essere stato condannato per antecedente misfatto ne commetta un secondo. In conseguenza di ciò ella non esclude la condanna sofferta in estero paese; 2. La caratteristica di recidivo si dà al dichiarato malvagio. Questa dichiarazione è ben dovuta a chi per altro reato dovunque commesso ne sia stato precedentemente punito: 3. Questa teoria prende forza, quando il precedente reato sia tale nel dritto di natura e delle genti: 4. La condizione di un estero, il quale dopo essere stato punito nel proprio paese per reato ivi commesso diventi autore di altro reato nel nostro regno, non debb'essere migliore della condizione di un nostro cittadino, il quale nel proprio paese commetta un secondo reato dopo essere stato condannato per reato antecedente: 5. Molto più questa teoria è applicabile allo stesso nostro regnicolo, come nel caso attuale, quando nel proprio regno si renda reo di altro misfatto dopo essere stato condannato in paese straniero per misfatto ivi commesso: 6. L'osservazione, che l'estere condanne non

sieno eseguibili nel nostro regno, ed in conseguenza non possono essere calcolate per recidiva, non è applicabile; poichè non si tratta di dar esecuzione a condanne estere: 7. Esaminanta la precedente condanna, ella è tale, qual dalla legge si richiede per darsi luogo alla recidiva.

» Per parte poi del condannato molti mezzi si addussero. Ma l' attenzione della suprema corte si è interessata soltanto del seguente. La gran corte criminale noverò fra gli elementi di sua convizione il reperto dell' arma micidiale nascosta nella casa di Rosa Olivieri fol. 152. a t. Questo reperto fu eseguito da due fucilieri reali di cognome Campo coll' assistenza del cancelliere Conte, e del testimone Cernese fol. 20. Il verbale di tal reperto non fu sottoscritto nè dal cancelliere, nè dal testimone, ed in conseguenza molto meno fu giurato. Nella nota de' testimonj a carico non furono segnati nè i fucilieri, nè il cancelliere, nè il testimone fol. 172. Niun di loro fu citato, nè oralmente inteso. Ciò non ostante fu data lettura del verbale del reperto nella pubblica discussione fol. 136, a t. Siegue da ciò, che un pezzo non giurato sia servito di elemento importante alla convizione.

» Udito il rapporto: inteso il sig. D. Ferdinando Incarriga avvocato officioso del ricorrente: ed inteso l' avvocato generale cav. Nicolini, il medesimo ha fatto le seguenti conclusioni.

» Signori - La decisione della gran corte criminale di Principato ultra, colla quale a 29. gennaro 1819. Raffaele Villani fu condannato ai lavori forzati perpetui è impugnata dal condannato, è impugnata dal pub. minist. Tra i mezzi di annullamento, che produce il primo nessuno ve n' ha degno di profonda indagine; comecchè uno di essi (e propriamente quello riguardante la convizione fondata sul verbale del reperto dell' arma micidale non giurato, e senza essersi i testimonj dati in nota citati, ed intesi oralmente nel dibattimento) debba essere accolto, ed io non dissento perchè questo produca l' annullamento della decisione con tutti gli atti, che la precedono dall' ordinanza pel termine delle 24. ore.

» Il ricorso però del minist. pub. vi presenta una quistione importantissima qual'è quella, *se uno straniero condannato a pena afflittiva ed infamante, debba nel regno punirsi come recidivo quante volte qui incorra in un altro misfatto.* Se i tribunali penali di un paese ospitale, com'è il nostro, il quale non solo è sempre aperto a' forestieri, ma è fecondissimo per essi de' mezzi di sussistenza e di fortuna, e dove città di dominazion pontificia sono situate nel centro delle nostre provincie, nulla è più facile quanto l' incontrarsi in questa quistione. Permettetemi dunque che io discenda con qualche cura a discuterla.

» Il condannato Raffaele Villani di Benevento per ferite con grave pericolo dell' offeso, commesse da lui nella sua patria, fu nel 1802. condannato a sette anni di galea dalla Sacra Consulta di Roma. Dopo un anno di esecuzione di condanna Sua Santità gli fè grazia a condizione però, che ove in seguito incorresse nel più picciolo reato, dovesse ritornare alla pena.

» Non sua buona condotta, ma l' espatriazione dallo Stato Pontificio gli valse la facoltà di render nullo quest' obbligo. Egli passò nella nostra provincia di Principato ulteriore: ma vi mutò cielo, e non animo. Ivi nel 1812. fu processato d' ingiurie reali a colpi di pietre: nel 1813. di egual reato, aggiuntavi la premeditazione: nel 1814. di tentato stupro su di una fanciulla di anni nove: nel 1817 di ferita con incapacità al travaglio minore di venti giorni. Nulla soffrì per tanti reati, se si eccettua qualche settimana di prigione per lo stupro tentato: ma fortunato anche in questo, fu subito liberato per la remissione della parte. Molto meno questa serie di colpe ebbe forza di annullar la sua grazia: l'obbligo da lui contratto era stato celebrato in paese estero, e nella qualità di suddito pontificio: la condanna, che avrebbe dovuta ravvivarsi era pronunziata da magistrati romani: nè questo ravvivamento potea prender forma, fuorchè dalle leggi, e da' regolamenti di Roma. Niun effetto dunque ebbe nel regno quella *clausola derogatoria*; e per quando torbida, e criminosa fosse stata la sua condotta fra noi, le sue malvagità non gli servirono, che di scala all' inudito misfat-

to, della di cui condanna ci stiamo ora occupando.

» Nel dì 20 dicembre 1818 la città di Montefusco celebrava con festa di gioja l'inestimabile beneficio della ricuperata salute del Re accordataci dalla divina Provvidenza. Intervennero nella celebrazione di tal festa non solo gli abitanti di Montefusco, e del suo circondario, ma vi concorsero anche tutte le vicine popolazioni trasportate dalla gioja universale. Niuna solennità venne mai con tanto entusiasmo celebrata. Pompose furono le feste religiose della mattina: lietissime le feste popolari del giorno: l'une, e l'altre da illuminazioni, e da fuochi si coronarono la sera. Or chi crederebbe, che quest'uomo di Benevento, il quale null'altro avea recato fra noi, fuorchè le mani infamate dal remo, e più pronte alle stragi, che adatte ad un mestiere: che ciò non ostante protetto da leggi benigne qui godette la luce della società, benchè caduto in reità, de' quali un solo commesso nella propria patria lo avrebbe risospinto in galea; che senza nome, senza beni di sorte alcuna, quanto avea tutto dovea alla facilità di trovar ricovero, e sussistenza in questa terra felice: chi crederebbe, che questo miserabile avesse osato in quel giorno non solo opporsi alla pubblica gioja, ma interromperla d'indignazioni, e di scandali, e spegnerla finalmente nel sangue?

» Sul mezzodì di quel giorno le autorità di quel luogo riunite in Chiesa assistevano alle sacre cerimonie. Villani allora sulla soglia di prossima cantina si mise a vomitar bestemmie e contra l'autor di ogni bene, e contra il principale oggetto dei pubblici voti. La decisione in esame rammenta con orrore, che ad ogni tocco de' sacri bronzi, particolarmente quando questi annunziavano il rendimento di grazie coll'Inno Ambrosiano, egli rinforzava la sacrilega voce, sino a farla sentir nella Chiesa. Nè contento di ciò, alle feste del giorno, alle feste della sera correva forsennato per le strade, mescendo all'altrui gioja infami detti, ed esacrazioni colpevoli. Molti lo ripresero, e gl'imposero silenzio; ma egli fremendo rispondeva a ciascuno con minacce di vita. Corse anch'egli al fuoco di artificio, che sulle ore due d'italia rendeva più viva l'allegrezza del popolo; ma non v'intervenne, che per turbarne lo spettacolo, e gridare, ed inveir finanche contra gli autori, e gli esecutori di esso. L'udì Gaetano Panza usciere della giustizia regia del circondario, ed in tanta baldanza credette colpevole il silenzio di un impiegato. Gli si volse sdegnoso: *ah! infame così si parla del Re?* Villani allora, tratto fuori uno stile gli si avventa contro, e l'uccide.

» Questo è il fatto, che la gran corte criminale di Avellino definisce per omicidio volontario non scusabile. In misfatto sì atroce potrebbe per avventura sembrare oziosa questa espressa esclusione di scusa: ma il reo nelle sue difese giunse fino al delirio di allegare come provocazione, e violenza grave alla sua persona la giusta indignazione dell'usciere. Sarebbe un far abuso del vostro tempo l'intrattenervi a giustificare in ciò la decisione della gran corte. Piuttosto potrebbe riflettersi, che sopra i fatti già esposti, all'accusa di omicidio volontario avrebbe dovuto aggiungersi l'altra di voci sediziose profferite in luoghi pubblici, benchè senza effetto e perciò punibili solamente di bando a' termini dell'articolo 102 del codice provvisoriamente allora in vigore. Così l'omicidio avrebbe potuto dirsi preceduto, ed accompagnato da altro misfatto, e per questa ragione punibile di morte. Ma sotto il nostro Principe l'omaggio più puro, che i magistrati far possono alla sua clemenza, ed alla sua gloria è applicare, e ripetere come legge del suo cuore la famosa legge di Arcadio, ed Onorio: *Si quis modestiae nescius, et pudoris ignarus, improbo petulantique maledicto nomina nostra crediderit lacessenda, ac tumulentia turbulentus obtrectator temporum nostrorum fuerit, eum poenae nolumus subiugari, neque durum aliquid nec asperum volumus sustinere: quoniam si id ex levitate processerit, contemnendum est: si ex insania, miseratione dignissimum, si ab injuria remittendum L. un. cod. si quis imper. mal.* È vero che queste parole contra il Principe se sono accompagnate dalla pubblicità, e dallo scandolo, anche secondo il nuovo codice

debbono riguardarsi come insulto a tutta la Nazione, ed almeno correzionalmente punirsi: ma io non voglio insistere su di una quistione, che la gran corte criminale non ha avuto in mira. Vengo all'altra, se essendo Villani precedentemente condannato per misfatto, debba per quest'omicidio esser punito come recidivo.

» In questa quistione la gran corte stabilisce, che Villani nel 1802 fu condannato in galea. Trascrive l'articolo 56 conceputo come segue »» Chiunque dopo essere stato una volta condannato per misfatto, nè avrà commesso un secondo, soggetto.... alla pena di lavori forzati perpetui, sarà condannato alla pena di morte »» Guarda quindi la quistione sotto duplice aspetto 1. relativamente alla natura dell'antecedente reato, pel quale Villani fu condannato: 2. relativamente al luogo, ove si pronunziò questa condanna. Considerato l'affare sotto il primo aspetto, par che ella dubiti, se la ferita, che meritò a costui la galea, fosse stato misfatto, o delitto. Considerandolo poi sotto il secondo rapporto decide, che se anche questo reato fosse un misfatto, la condanna pronunziata su di esso in estero dominio non può mai servir di base a caratterizzar di *recidiva* un secondo misfatto commesso nel regno. Per queste due ragioni a maggioranza di suffragj dichiara, che Raffaele Villani non sia recidivo a' termini della legge, e gli applica la pena ordinaria degli omicidj volontarj semplici.

» La lettura di questa decisione ci ha già fatto conoscere, ch'ella sia una delle meglio compendiate di quante vi si sono sottoposte ad esame. Ad onta di ciò a me sembra, che sotto l'uno, e sotto l'altro aspetto, in cui la gran corte ha contemplata la quistione ella abbia violata la legge, e che quindi la decisione debba essere annullata. Esaminiamo prima se possa dubitarsi che Villani fosse stato in Roma nel 1802 condannato per misfatto.

» Cosa intende la legge sotto queste parole - *Una volta condannato per misfatto?* L'articolo 1. del codice già provvisoriamente in vigore ci dice - *Le violazioni, che le leggi puniscono con una pena afflittiva, o infamante è un misfatto.* Dunque le parole della legge *una volta condannato per misfatto*, rappresentano identicamente le stesse idee contenute in quest'altre *una volta condannato a pena afflittiva, o infamante.* L'una frase dunque può sostituirsi all'altra, e l'una e l'altra indistintamente impiegarsi. Or l'articolo 1. mette tra *le pene afflittive o infamanti i lavori forzati* L'articolo 15 disegna il modo della esecuzione di tal pena, dal quale si ravvisa non esser questa che la pena stessa della galea, restituita all'antica denominazione delle leggi romane di pena *in opus publicum.* Nel nuovo codice essa è chiamata *pena di ferri.* Ma *opus publicum*, *galea*, *lavori forzati*, *ferri*, non sono presso a poco, che una sola specie di pena, per *la quale si sottopone il condannato a fatighe penose a profitto dello Stato.* Chi dunque è *condannato in galea* è uno de' *condannati per misfatto.* È vero che ad onta de' voti di Cujacio, Vico, e Genovesi (supplimento della collezione delle leggi n. 78.) prima della pubblicazione del codice francese, non era con precisione adottata la distinzione di misfatto, di delitto, e di contravvenzione; ma può negarsi che sussisteva la cosa? Se dunque Villani prima di questo codice fu condannato *a pena afflittiva, ed infamante*, il codice lo ha trovato con questa qualità, e la quistione se egli debba annoverarsi tra i condannati per misfatto, si risolve in quistione di parole; e questa è definita per via di traduzione di nomi legali, con cui la frase *d' individuo condannato a pena afflittiva. ed infamante*, si riduce in più brevi termini all'espressione del nuovo codice *condannato per misfatto.*

» Nella causa di Domenico Capasso (v. supp. n. 60) vi si presentò il caso di un uomo, che prima della pubblicazione del cod. francese dalla gran corte della Vicaria era stato per furto in grado di truglio condannato appunto a sette anni di galea. Colpevole quindi di omicidio volontario sotto le nuove leggi, fu punito di morte a' termini dell'articolo 56. Si oppose allora, che la gran corte della Vicaria non conosceva distinzione di *condanna per misfatto, e condanna per delitto o contravvenzione*: si oppose, che la galea non è conosciuto dal nuovo cod. Voi però decideste, che la con-

danna percedente era stata certamente *a pena afflittiva*, *ed infamante*, e rigettaste il ricorso.

» Similmente il cod. de' 20 maggio 1808 nemmeno conosceva distinzione di nomi. Intanto Pasquale Licciardi (d. suppl. n. 82) sotto l'impero di questo cod. era stato condannato a *tre anni di detenzione criminale*; pena afflittiva sì, ma non infamante. Quindi sotto l'impero del cod. francese commise un secondo misfatto, e giudicato recidivo gli fu applicato lo stesso articolo 56. Egli se ne richiamò appò voi: ma sostenne invano che non potea *dirsi recidivo*, perchè la prima condanna fu pronunziata sotto l'impero di altro codice: invano oppose, che la pena di *detenzione* non era riconosciuta dal codice francese, e che poteva tutto al più uguagliarsi alla prigionia, pena indubitatamente correzionale. Voi sulla sola ragione »» Che la precedente condanna contra Licciardi conteneva una pena d'alto criminale, giusta il cod. de' 20 maggio 1808 rigettaste il ricorso.

» Sò benissimo esser talvolta accaduto, che una pena di breve durata profferita sotto l'antica legge si è trovata d'indole tale da non presentare chiari caratteri di pena afflittiva oppur infamante; e questi caratteri sono stati ancora più incerti, quando si è veduto, che gli antichi tribunali han dato la stessa pena talvolta come *correzione*, talvolta come pena *criminale*. Tale era p. e. il carcere, tale era finanche il presidio. In questi casi soltanto non avendosi decisioni motivate in fatto, nè in dritto, che facessero discernere la intenzione de' giudici, si è ricorso alla durata della pena, o si è ricorso all'indole del reato, e prendendo scorta dall'una, e dall'altro si è definito, se l'ambigua denominazione di quella pena dovesse tradursi secondo il nuovo codice *in pena per misfatto*, o *in pena per delitto* (d. suppl. n. 74.) Ma questo dubbio può forse elevarsi nella pena della galea, la quale ovunque sia pronunziata, equivale alla *deportazione*, ed alla pena *in opus metalli*, che era una delle più gravi specie di pena *in opus publicum*? Tale la mostra la sua natura medesima, tal'è il sentimento di tutti gli scrittori delle cose criminali raccolti da Farinaccio, giureconsulto, come ognun sà, famosissimo, e romano (quaest. 19 n. 14).

» È evidente dunque, che Villani, quando entrato nel nostro regno cominciò a vivere sotto l'impero del cod. francese, dovea dirsi già una volta condannato *per misfatto*. Ma la gran corte criminale di Avellino dubita se lo fosse per *misfatto* riconosciuto tale da questo codice »» Il documento (dice la decisione) il documento consegnato negli atti, il quale non è che un certificato del cancelliere del tribunale di prima istanza criminale del Ducato di Benevento dimostra, che Villani ferì Gaetano Russo, e che una delle ferite fu di grave pericolo; ma non è poi noto se la malattia, o l'incapacità al travaglio fosse durata al di là del vigesimo giorno, altro estremo necessario per potersi fondatamente dire di essere stato egli allora condannato per misfatto, o pure se v'intervenne provocazione a' termini dell'articolo 321. Sicchè sotto questo rapporto nemmeno potrebbe darsi luogo all'applicazione dell'articolo 56 di sopra mentovato. »»

» Or questo ragionamento racchiude un errore così manifesto, che basta la lettura del già trascritto articolo 56 per confutarlo. Questo articolo esige, che l'accusato sia stato *una volta condannato per misfatto*, o sia una volta condannato *a pena afflittiva*, *o infamante*. Vuole a buon conto non l'imputazione, o l'accusa, o il processo formato; ma il giudizio seguito da condanna, cioè la verità, e la stabilità della cosa giudicata. *Condannato per misfatto* son parole, che indicano un giudicato irrevocabile, e compinto in tutte le sue parti. *Un condannato a pena afflittiva o infamante* sarà stato meno condannato per misfatto, perchè finita la sua pena, una nuova legge lo avrebbe fatto condannare correzionalmente? Il giudicato *è quid facti*, *non quid juris*. Vale a dire, che l'esame da farsi non è più se quel reato di Villani meritava pena afflittiva, ed infamente secondo la nuova legge, ma solamente se fu condannato a tal pena. La decisione sopra riferita nella causa di Licciardi dimostra qual sia stata in ciò la vostra giurisprudenza, e se le leggi nuove ed antiche si danno lume a vicenda, fer-

miamoci alquanto sugli articoli 78 e seguenti delle nuove leggi penali. Essi tutti son conceputi in modo da non far supporre nel magistrato la più piccola facoltà di riesàminare l' indole dell' antica causa. Il solo fatto, che entra ne' suoi poteri, è di vedere, se l' accusato sia stato altra volta condannato. *Si ha per condannato*, dice l' articolo 78 *ogni individuo contra il quale si trova profferita irrevocabilmente una pena in modo che se ne renda legale la esecuzione*. Si parla dunque di recidiva di misfatto? L' articolo 78 non prescrive altro che di esaminarsi, se precedentemente alla nuova accusa sia stata contra l' accusato profferita irrevocabilmente una pena criminale. Si parla di recidiva per uno già condannato all' ergastolo? L' articolo 81. ordina, che non debba esaminarsi se l'accusato avesse precedentemente meritato tal pena a'termini delle nuove leggi: basta, che vi si trovi condannato, benchè sotto l'impero delle vecchie prammatiche. Qual addizione di facoltà è questa, che la gran corte di Avellino fa per i suoi giudizj alla legge organica, ed alle leggi penali?

» Le nuovi leggi con previdenza distinguono il giudizio dei *reiteratori* da quello *dei recidivi*. In quello il giudice guarda l' indole, e la natura de' due reati, e il merito delle sue accuse. In questo poi nel solo secondo misfatto egli giudica del merito; ma nel primo non guarda che la natura della condanna.

» La gran corte di Avellino vuol trasformare il giudizio dei recidivi in giudizio dei reiteratori.

» Che se l' autorità de' vostri giudizj, e delle nuove leggi avesse ancora bisogno dell' altrui appoggio, ne avrebbe già quanti potrebbero bisognare nel *repertorio di giurisprudenza* alla parola *recidiva*. Ivi al numero 8 troverebbe un tal Floriani condannato anche nello Stato romano, e non dalla Sacra Consulta, ma da un giudice baronale del principe Doria, e condannato non a sette, ma ad un solo anno di lavori pubblici *per furto qualificato*. Costui prima della esecuzione della pena, dallo stesso principe Doria ottenne piena grazia della condanna. In seguito sotto l' impero del codice francese commise un nuovo misfatto. Si riesaminò forse allora se quel furto *qualificato* era punito correzionalmente sotto le nuove leggi? L' esame non fu altro che quello, che voi faceste in causa Licciardi, vale a dire se Floriani era stato, o no, una volta condannato a pena criminale. Quindi la corte di cassazione di Parigi a 5 novembre 1811 confermò l'arresto, che inviava costui come recidivo innanzi alla gran corte speciale, perchè » essendo egli già condannato per un altro furto qualificato alla pena de' lavori pubblici, si era fatta una giusta applicazione delle leggi di competenza, tanto più che le lettere di grazia da lui ottenute pel primo fatto, ancorchè gli abbiano rimessa la pena, pure non hanno abolito il primo misfatto, nè cancellata la macchia, che questo avea impressa nella sua persona. »» E pure quanta differenza nel punire i furti troviamo tra le antiche leggi e le nuove? Quanti furti una volta qualificati, e puniti anche di morte, son passati sotto l'impero dell' articolo 401 del codice francese ad esser puniti correzionalmente? e nel caso di Floriani vi era ben anche da dubitare di ciò, o per la brevità della pena, o per la facilità con cui fu questa rimessa.

» Tutt' i numeri seguenti di questo articolo del repertorio sono in questo conformi. Un tal Carlo Magno era stato nel 1778 condannato al bando; commise un misfatto sotto le nuove leggi. Ma si esaminò mai se il reato giudicato nel 1778 fosse stato punibile criminalmente a' termini del nuovo codice? Ciò non venne, ne potea venire in mente ad alcuno. Egli fu giudicato come *recidivo* sol perchè costava in fatto, che era stato precedentemente condannato a pena riputata infamante. Luigi Bangè era stato condannato precedentemente a pena afflittiva per reato militare. Nulla è stato più vario dei codici penali militari. Non si esaminò intanto, che il genere di condanna, e Bangè fu dichiarato recidivo. Saverio Capo anche di Roma fu nel 1801. dal tribunale Signorile di S. Lorenzo condannato per omicidio a cinque anni di galea, e dopo un anno di pena, al pari di Villani, ebbe grazia da Sua Santità. Commise poi nuovi misfatti sotto l' impero del codice francese. Ma nel giudizio di questi si dovette forse esaminare, se quell' omicidio sarebbe stato

scusabile, e quindi punibile correzionalmente a' termini del nuovo codice? Non si guardò, che la prima condanna indubitatamente di alto criminale, e fu riputato recidivo ec. ec. ec. Ripetiamolo ancora un altra volta. Allora soltanto può una gran corte criminale esaminare l'indole del precedente reato, quando la pena data ad esso è di dubbia natura. Ma se il solo fatto di condanne precedenti profferite in Roma, da' giudici, minori ad un anno di *lavori pubblici*, o a cinque *anni di galea*, ha fatto giudicare ne' casi sopra rapportati, che coloro, contra i quali erano state profferite, doveano riputarsi come già *condannati per misfatto*, per qual fatale sottigliezza anderemo a dubitare, se Villani condannato anche in Roma, e dalla Sacra Consulta a 7 anni di galea per ferita con grave pericolo, lo fosse stato per reato soggetto oggi a pena criminale, o correzionale?

» È dunque un errore di dritto quello della gran corte criminale di Avellino, con cui è venuta a mettere in dubbio ciò, che la legge stabilisce per certo, ed in termini troppo chiari, e positivi. Villani certamente è stato una volta condannato *per misfatto*.

» Fissato ciò entriamo all'altra quistione, se questa condanna per misfatto profferita in paese straniero possa servire di base alla dichiarazione di recidiva per un secondo misfatto commesso nel regno.

» Ma io nella quistione finora trattata mi son fatto forte della vostra autorità, e certamente è stato un equivoco della gran corte criminale di Avellino, che nella sua decisione ha asserito esser deciso il contrario dalla costante giurisprudenza della corte suprema. Nella seconda quistione però l'argomento, che più m'imbarazza, è quello, che m'incalzano contra le vostre decisioni. Domenico Voccia condannato precedentemente alla galea in Benevento, per nuovo misfatto commesso nel regno fu dalla gran corte criminale di Napoli cond[illegible]to come recidivo. Io mi affrettai invano [illegible]stenere appò voi siffatta condanna. Voi ado[illegible]e le massime sulle quali ha poi giudicat[illegible] gran corte criminale di Avellino; ed a *ma[illegible]nza* annullaste la decisione. Oggi dunq[illegible]mio rispetto per le vostre opinioni mi [illegible]e assai men franco a riprodurre la mia. E forse l'avrei sacrificata alla vostra autorità, come tante volte mi son recato a gloria di fare (v. suppl: alla collez. delle leggi n. 46 nota ult. e n. 115. n. 1. in fin:) Ma nella causa di Voccia io presentai scritte le mie conclusioni, e mi parve, che i principj da me sviluppati non fossero stati dalla corte suprema presi in mira, non che confutati. Rimessa anzi la causa *alla gran corte criminale di Salerno*, questa per ragioni assai gravi decise uniformemente alle mie conclusioni, ed alla precedente decisione di Napoli. Mi sia lecito dunque tenere almeno per dubbia questa nuova giurisprudenza, e sul ricorso nella causa presente disputar nuovamente sull'affare.

» Ciò che la legge non distingue, non è dato a noi di distinguere. Or l'articolo 56 è concepito in una formola generalissima - *Chiunque dopo essere stato una volta condannato per misfatto*, *nè avrà commesso un secondo* ec. Rammentate quante volte siasi innanzi a voi tentato di restringere questo articolo. Altri non volevano comprendervi, che i già condannati sotto il nuovo codice, e col nuovo rito: altri ne escludevano i condannati graziati: altri i condannati per misfatti diversi dal secondo: ed altri altre distinzioni mettevano in campo. Voi però avete sempre risposto, che una legge scritta in termini generali, e senza eccezione dovea anche essere applicata senza eccezione e in tutta la generalità del suo senso, e poichè ella nelle sue espressioni non esige queste identità di rito, di misfatto, e di pena, nè anche i magistrati potean esigerle nella sua applicazione. Se ella dunque nemmeno richiede, che la condanna precedente sia pronunziata da giudici del regno, potremo noi esecutori di essa fabbricare, ed aggiungervi tal nuova eccezione? La sola condizione, che ella impone è, che costi *la prima condanna per misfatto*: ma non domanda qual sia quest'altro *misfatto*: non domanda, se l'accusato sia forestiere, o nazionale, e molto meno con qual rito, dove, e da qual giudice sia stato egli condannato. Lo domandaremo noi? o forse per una nuova specie d'incanto, chi scappa al remo, o al capestro straniero, si scioglie da ogni macchia col solo venire fra noi, e le

nostre aure, liete di così bel acquisto, al primo impossessarsene lo depurano non solo dalle abitudini di una vita vergognosa, ma anche dalla memoria delle antiche condanne, talchè saldate le impronte del marchio rovente, e dei ceppi, divien meritorio, o almeno (come il dice la gran corte di Avellino) si ha per *non esitito* il suo servizio in galea ?

» La lettera dunque della legge mostra erronea l'applicazione fattane nella causa Villani. Ciò dovrebbe bastarci, poichè al giudice non è lecito dipartirsi dalla osservanza rigorosa *della lettera della legge*. La norma del giusto, e dell'ingiusto dirigendo le azioni non del solo filosofo, ma anche dell'ignorante, dev' esser sempre un'affare di fatto non di controversia. Il magistrato non ha altro incarico che di esaminare le azioni de' cittadini, e giudicarle conformi, o difformi da esse: ogni altra maniera men semplice ne rende incerta ed arbitraria l'applicazione. Intanto la gran corte di Avellino, lasciata la chiarezza della *lettera*, è ricorsa all'ambiguità della *interpretazione*. Così aperto il varco alla licenza di ragionare nella legge, si è trovato suo malgrado nel pelago delle opinioni, e smarrito il sentiero, è caduta in assurdi senza fine. Per dimostrarlo cominciamo dal punto istesso, da cui ella parte; vale a dire dalla *ragione* e dallo *spirito* della legge.

» Io protesto, che questo modo di ragionare è contrario alla nostra istituzione; che istrumenti passivi della legge noi non sediamo qui per consultarne lo spirito. *Ejus est interpretari, cujus est legem condere*. Ciò venne a noi rammentato particolarmente coll'uffizio ministeriale de' 10 ottobre 1818 in occasione della causa di Francesco Punzo: e se io mi piego a questa discussione, non è ad altro fine, che per dimostrare gli errori, a' quali ci espone il deviamento anche lieve dell' esposto principio.

» *La ragione del articolo* 56 ci viene esposta dagli oratori del governo nel modo seguente.

»» La recidiva addita un carattere più grave di quello, che mostri la prima caduta, facendo conoscere l'abitudine, e l'incorrigibilità del delinquente. È per tal ragione, che chiunque dopo essere stato condannato per un misfatto, ne commette un secondo, dee essere punito colla pena immediatamente superiore a quella che la legge ha pronunziata contra l'ultimo reato. »» Per questa ragione, secondo che io diceva, e voi approvaste nella causa di Capasso, l'approvazione della pena nel recidivo non piomba già sulla prima condanna, nè sul primo reato; essa ferisce il secondo. Essa è pronunziata non a cagione del dolo punito una volta nel primo misfatto, ma a cagione della maggiore perversità, e dell'abito criminoso mostrato nell'ultimo. Essa infine si spiega in tutto il rigore, sol perchè ostinati i rei giusta l'espressione delle leggi romane: tanto *in eadem temeritate propositi perseveraverunt*, che l'espiazione della pena, *non emendationi potius, quam consuetudini deputaverunt*.

» Or questa ragione così generale della legge ci guida senza esitazione ad applicarla a tutt' i casi, e più di ogni altro a' condannati in paese straniero. Nel secondo misfatto hanno forse mostrata costoro minore perversità, minor abito criminoso de' già condannati nel regno ? Un fuggitivo dunque delle galee di Roma, che dovea trarvi la vita in espiazione delle più orribili reità, se viene a sovvertire la tranquillità pubblica del regno dovrà considerarsi nello stesso grado di dolo del giovane inesperto, che dopo una vita innocente, sedotto da lui gli è stato complice in un solo misfatto ? Non possono restringersi a' casi speciali le leggi penali, che per la loro generalità li abbracciano tutti. Anzi se qualche eccezione di favore potesse in ciò farsi, questa dovrebbe proteggere i nazionali, non mai gli stranieri. Poichè un condannato nel regno, se si avvia a commettervi un nuovo misfatto, v'incontra mille ostacoli, e nel pudore di comparir così tristo innanzi a coloro fra quali è nato e vissuto; e nella conoscenza che han di lui i suoi concittadini, che certamente se' ne guardano, e lo possono prevenire; e nelle malleverie, che se n' esiggono; e nella diligenza de' magistrati incaricati a vigilare sopra siffatto genio. E pure la legge non contenta di ciò, se egli delinque la seconda volta è assai più severa con lui, che con chi non ha spiegata la perversità della recidiva. Uno straniero all'incon-

tro, condannato già nella sua patria, se viene tra di noi, vi sta libero da tutti quei domestici, e cittadini riguardi. Or può imaginarsi, che sciolto egli in tal modo di tanti legami, se peggiore di una fiera corre a lacerare il seno di chi gli dà asilo, nè anche il freno ordinario de' recidivi può gettarglisi al collo? E quali in questo caso sarebbero ordini migliori quelli cioè, che per non contaminare di usanze estranee la patria, immolavano i forestieri, che vi giungevano anche da tempesta sospinti, o questi che per eccesso di spirito ospitale ci abbandonerebbero senza la necessaria garantia al loro pugnale, ed alle loro rapine?

» Ecco perchè nello stato presente di civiltà universale, e di pace fra tutti gli Stati di Europa, non ultimo scopo del concorde spirito, che vi regna, è il perseguitare, e far oggetto di particolar vigilanza ogni specie di delinquenti, qualunque sia la loro patria, e il luogo del misfatto. Chi non conosce gli ultimi trattati colla Santa Sede per l'estradizione de' detenuti, e per l'arresto dei malfattori, che delinquono in uno Stato, si rifuggiano nell' altro?

» Nè vale il dire, che sarebbe cosa assai trista il condannare per recidivo un uomo, che nella sua patria è stato condannato per azione da noi non riputata per misfatto, nè delitto. La legge provvisoriamente finora in vigore non dava alcuna forza a questo argomento. Se egli era stato condannato nella sua patria per misfatto, che noi non riputiamo reato, non fu minore il suo dolo quando disprezzò le leggi del suo governo. I reati si apprezzano per la violazione della legge, che li vieta. *Si prohibita impune trascenderis, neque metus ultra neque pudor est.* Che se il nostro ultimo codice coll'articolo 91 fa in ciò qualche eccezione, questa non può riguardare il caso presente. L'articolo 91 parla delle azioni, che una disposizione sovrana *cancella dalla classe de' reati, sin che se ne abolisca per regola generale la pena.* Non parla però degli accidenti, pe' quali un' azione medesima da una legislazione sia riputata delitto, e da un' altra misfatto. Or chi potrebbe dire, *che la ferita con grave pericolo sia* oggi cancellata dalla classe di reati, e ne sia abolita per regola generale la pena?

» Nemmeno vale il dire, che se l' articolo 56 fosse applicabile anche ai condannati in paese straniero, per ogni forestiero accusato converrebbe perdere molto tempo, onde far precedere perquisizioni, ed indagini nella sua patria. Volesse il cielo, che ogni inquisizione per misfatto potesse esser preceduta dalla informazione della vita antecedente dell' incolpato! E per i forestieri particolarmente qual' è il procedimento, che può dirsi compiuto, se non si conoscono le ragioni della loro partenza dalla patria, e se non si torna in dietro su tutt' i punti principali della loro vita? Del resto tutte le volte, che si avranno a giudicare forestieri, e nazionali precedentemente condannati in paese straniero, due soli casi possono avvenire, o prima del giudizio si sappiano con accerto le loro condanne precedenti, queste allora formeranno un fatto, di cui, come di ogni altro, si avrà conto nella discussione, o che se ne avrà distinta, e legal notizia, ed eglino avran la sorte di essere giudicati come coloro, che effettivamente rei di omicidio premeditato han la fortuna, che i fatti costitutivi della premeditazione non sono conosciuti. Noi non sosteniamo altro se non se, che quando costi il *fatto* della precedente condanna, questo debba aggravare il secondo reato. Per Villani costa un tal fatto. Ond' è, che l' ultimo suo misfatto non debba riputarsene aggravato?

» I ragionamenti su di ciò della gran corte di Avellino peccano tutti di un falso supposto. Dietro molti principj di dritto pubblico, ella stabilisce, che i giudici del nostro regno non hanno dritto di giudicare i sudditi di Sua Santità per misfatti commessi nello Stato Pontificio, e viceversa. Ma qui non si tratta di giudicar Villani del misfatto commesso in Roma, nè di restituirlo in galea per l'obbligo in Roma firmato. Si tratta solo di sapere: è stato Villani condannato in Roma? La gran corte anzi col voler mettere in dubbio, se quell' reato del 1802 era punibile o nò di pena afflittiva, ed infamante, ella è, che vuol entrare a giudicare le cose de' regni altrui. Per noi ciò che la Sacra Consulta decise, è

ben deciso, e Villani debb'esser quì condannato da'nostri giudici, non per altro, che per l'omicidio quì commesso, dopo essere stato condannato in Roma. Chi pretende di attentare con ciò alle giurisdizioni territoriali? Anzi si rispetta scrupolosamente ciò, che le legittime autorità han deciso in suolo straniero.

» Ogni nazione dee rispettare i giudicati, e i contratti celebrati nell'altra. Solamente nella esecuzione si esiggono le forme del proprio paese; perchè la esecuzione in un regno si fa sempre in nome del proprio Sovrano. Ma queste son forme esteriori, e non più. Il dice chiaramente l'articolo 547 del Codice di procedura già provvisoriamente in vigore. Che se le decisioni straniere toccassero nella esecuzione il nostro regime ipotecario, allora oltre questa regola generale conviene aver presente gli articoli 546 del medesimo codice, e 2123, e 2128 del codice civile. Or chi crederebbe, che la gran corte di Avellino cita appunto questi articoli per fissare per regola generale, *che le nostre leggi riconoscono i giudicati di tribunali esteri* che questi in conseguenza *non esistono legalmente agli occhi* del giudice del regno? E da questa regola, che è ben altro, che il principio della pace, e della fiducia scambievole di tutte le nazioni, trae per conseguenza, che se la condanna di Villani venne pronunziata in paese straniero, questa condanna comunque ella costi, dee dirsi inesistente per noi; e Villani non può mai da' nostri giudici esser tenuto *per legalmente* condannato.

» I paralogismi di questo discorso si scuoprono chiari nella semplice lettura degli articoli citati - Articolo 546. »» I giudizj pronunziati da' tribunali stranieri, e gli atti ricevuti dagli ufiziali stranieri non saranno suscettibili di esecuzione nel regno, che nella maniera, e ne' casi preveduti dagli articoli 2123 e 2128 del codice civile Articolo 2123.»» L'ipoteca non può risultare da' giudizj pronunziati in paese straniero, se non quando essi siano dichiarati esecutorj da un tribunale del regno - Art. 2128. »» I contratti passati in paese straniero non possono dare ipoteca su i beni del regno, se non vi sieno disposizioni contrarie a questo principio nelle leggi politiche, e ne' trattati. »»

» Or dov' è, che ne' citati articoli si dice, che le nostre leggi *non riconoscono i giudicati di tribunali stranieri?* Vi è anzi tutto il contrario. Tanto questi giudicati vi si riconoscono per *legalmente esistenti*, che anche relativamente alla ipoteca di beni situati nel regno, essi formano sempre la base del giudizio, con cui si dichiarano *esecutorj*. Altra è l'*esistenza legale* di un'atto, altra è la esecuzione di un' atto già legalmente esistente. Gli articoli citati riconoscono i giudicati in paese straniero come legalmente esistente, e solamente negano loro la esecuzione, se prima non si dichiarino esecutorj da' nostri tribunali. Se dunque si ordina in essi cosa, che offende il *nostro regime ipotecario*, ciò riguarda l'esecuzione, e in questa parte solo possono essere riformati: ma per tutt' altro, tutte le volte ch' essi sieno competentemente pronunziati, il reo convenuto, lungi dal poter farli riesaminare nella loro sostanza, nulla può opporre contra il merito di essi, poichè come dice Pigeau »» I tribunali nazionali non hanno maggior dritto di riformare le decisioni straniere, che i tribunali stranieri di riformare quelle de' nostri: il condannato non può opporre che i mezzi estrinseci alla sentenza (lib. 2. parte v. tit. III.) »»

» Dato dunque che questi articoli fossero applicabili al nostro caso, il giudicato di Roma dovea aversi dalla gran corte di Avellino non solo come *legalmente esistente*, ma come giustissimo ed intangibile nel merito. Villani potea opporre, che questo era stato rivocato, ch' egli non era il Villani già condannato; che la sceda delle galee di Roma era falsa ec. ec. Questi sono i mezzi estrinseci de' quali parla Pigeau. Se però gli articoli citati fossero applicabili alle cose criminali, tostocchè questi mezzi venissero rigettati, non solo il giudicato di Roma non potrebbe dirsi inesistente, ma dovrebbe essere immediatamente rivestito delle clausole esecutorie. Altra conseguenza assurda: poichè le sentenze criminali dei tribunali stranieri non possono mai eseguirsi nel regno per formole esecutorie date dai nostri magistrati. Se dunque gl' indicati articoli 546. 2123. 2128 in qualunque modo si applichino alla causa pre-

sente sono sempre fecondi di assurde conseguenze, è chiaro, che vi sono citati fuori proposito. E che? disputiamo forse noi della esecuzione di un giudicato civile? Dovea forse la gran corte di Avellino trattare di un dritto d'ipoteca, che quella condanna pronunziata in Roma dava a Villani su i bagni di Castellammare, o di Napoli? Qual' è la eccezione, che dobbiamo qui fare di un giudicato straniero? se la esecuzione ne fu fatta colà dove il giudicato venne profferito?

» Si è mentovato anche l'articolo 1000 del cod. civile, benchè non citato dalla gran corte di Avellino. Ivi si dice, *che i testamenti fatti in paese straniero non potranno avere esecuzione riguardo a' beni situati nel regno, se non dopo di esservi registrati* - Dunque.... dunque una condanna pronunziata ed eseguita in paese straniero è in forza di questi articoli un fatto, che benchè dedotto, e debitamente provato, e registrato in un processo criminale nel regno, pure debbe aversi come inesistente?

» Nè più a proposito è stato dalla gran corte di Avellino citata la decisione delle quattro ruote del S. C. del 1625 con cui si fissa, che le *lettere ortatoriali* dei tribunali stranieri non debbano eseguirsi nel regno senza cognizione di causa; come se la Sacra Consulta di Roma avesse incaricata lei della esecuzione della sua sentenza. Ma a niun magistrato penale di regno straniero è venuto mai in mente di far eseguire la frusta, la galea su i proprj sudditi ne' regni altrui per via di *Ortatorie*.

» A queste conseguenze ci mena l'abbandonare l'espressione testuale della legge per andare rintracciando l'interpetrazione. Nella causa presente si è creduto di dover giudicare l'antico stato, mentre non si trattava del nuovo. Del vecchio non dovea vedersi altro, se nonchè se costava la prima condanna. Si è creduto poi, che a tal condanna doveasi per lo meno dar oggi esecuzione, mentre essa era stata eseguita, e non si trattava più che di vedere se costava il fatto della esecuzione. A chi esce così fuori di strada le leggi penali non possono più essere di guida. Or non trovandola più in questa, la gran corte di Avellino l'ha cercata nelle leggi civili: ma gli articoli ch'ella recita non le avrebbero tutto al più dato altro, che il dritto di rivestir di formola esecutoria la sentenza di Roma; dritto assurdo ne' giudizj penali, e che d'altronde nemmeno menava alla conseguenza, ch'ella si proponeva. Dunque per incontrarsi in questa ha dovuto andare di errore in errore, e la necessità riconosciuta dalla legge di rivestire di formole esecutorie le decisioni straniere in materia civile, e di adattarne l'esecuzione al nostro regime ipotecario, è stata da lei trasformata in necessità di conoscere di nuovo ogni causa, ed in dovere or riputare assolutamente inesistente ogni specie di giudicato straniero sia criminale, o civile. Ma nè della esecuzione di giudicato di Roma, nè di giurisdizioni territoriali dovea ella occuparsi. La legge che si è infranta è nostra; nostro è il territorio dov' ella si è infranta: nostri i magistrati, che ne tengono giudizio. Il delinquente è un individuo, che altra volta è stato condannato per misfatto in forza di sentenza, non solo divenuta irrevocabile, ma eseguita. Un tal fatto di condanna, un tal fatto di esecuzione di pena egli lo porta seco, e dovunque, come un marchio indelebile. Tosto che questo è stato qui riconosciuto, ogni suo nuovo misfatto commesso qui sotto l'impero dell'articolo 56 prende un carattere di gravezza maggiore. A questo misfatto più grave dee darsi la pena secondo le regole di questo articolo. La gran corte criminale di Avellino ha sostituite a queste regole le opinioni sue proprie, e alcune massime di dritto pubblico, e decisioni dell'abolito S. C. ed articoli di dritto civile non applicabili a giudizj criminali; e dove lo fossero, mal applicati al caso presente. Ha dunque violata la legge, e particolarmente il mentovato articolo 56.

» Per questa violazione, più che per quella di rito rilevata dal condannato, io domando l'annullamento della decisione.

» La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio - Visti gli atti: vista le decisione: vist' i ricorsi,

» Sul ricorso del pubblico accusatore fa la seguenti osservazioni:

« L'articolo 56 del codice penale vigente

all' epoca della decisione, ove parla di precedenti misfatti, e di condanne precedenti, riguarda nella sua lettera, nel suo spirito, e nella sua vera e legale intelligenza i misfatti commessi, e le condanne profferite nel nostro territorio, e dalle nostre autorità, non già i misfatti commessi, e le condanne profferite negli Stati stranieri, e dalle straniere autorità:

» Ciascun legislatore parla al suo popolo, e contempla le azioni de' suoi cittadini nel proprio Stato. Egli ne difinisce i caratteri, e ne proporziona le pene in corrispondenza degl' interni rapporti del suo regno. Egli guarda il cittadino nella circonferenza del suo territorio. Egli non s'interessa punto nè delle leggi delle straniere potestà, nè delle decisioni delle autorità straniere, nè delle azioni degli uomini negli stranieri territorj; a meno che non si tratti di reato commesso nel territorio straniero in persona di altro concittadino, e non vi sia giudicato nel luogo del reato. Egli è vero, che i sommi Imperanti per effetto della loro concordia, e di particolari trattati spesso dispongono nel proprio territorio la persecuzione di un colpevole straniero. Ma queste misure non si estendono oltre dell' arresto per farne la consegna al governo, che lo ha richiesto, e non mai si sono estese o si estendono sino alla pena.

» Non sembra regolare l'assunto di dichiarar reo in faccia alla legge patria un cittadino, perchè abbia delinquito in paese straniero, o di cambiar la qualità dovuta al suo reato commesso nel proprio paese, perchè in suolo straniero abbia sofferto una precedente condanna.

» Per ammettere questo principio converrebbe, che tutte le nazioni del mondo conosciuto fossero governate con una medesima legge: che un patto legasse tutt' i governi per la persecusione e punizione de' rispettivi colpevoli: e che per effetto dello stesso patto si riconoscessero, e si rispettassero gli stessi motivi di merito, o di grazia, che talvolta nel proprio paese esentono il reo dalla pena meritata. Ma questo principio è fecondo d' infiniti assurdi, e menerebbe alla strana, e dannosissima conseguenza di non potersi trattar mai alcuna causa penale senza essersi prima ricercate le quattro parti del mondo per rilevarsi se in alcuna di esse il giudicando nel corso di sua vita abbia mai delinquito.

» Le osservazioni finora esposte riguardano il nazionale, che si rendesse reo nella propria patria di un reato dopo avere in paese straniero sofferta condanna per altro reato. Ma esse sono più efficaci nella soggetta specie, in cui trattasi di un estero condannato nella sua patria per un reato, e quindi rendutosi autore nel nostro paese di altro reato. Accidente fu che il colpevole fosse stato un suddito romano Potea ben essere ancora un americano. In tal caso secondo la opposta opinione pria di farsi la causa si avrebbe dovuto perquirere i registri di America. Assunti di questa natura non sembrano alla suprema corte sostenibili in dritto pubblico:

» Osservando quindi la corte suprema di giustizia, che la gran corte criminale di Avellino, lungi di aver violato l'articolo 56 ha eseguito perfettamente la legge, quando non ha dichiarato recidivo Raffaele Villani.

» Rigetta il ricorso del pubblico accusatore.

» Sul ricorso del condannato Villani osserva:

» Il dettagliato mezzo sussiste in fatto, poichè fu accolto per elemento di convizione un verbale di reperto non giurato, comecchè letto in dibattimento; mentre i testimoni in essi intervenuti, non erano stati dati in nota, non erano stati citati, non erano assenti, non morti, non legittimamente impediti, nè risultati necessarj dal dibattimento.

» In dritto osserva, che se testimoni non dati in nota, non citati, non risultati dal dibattimento necessarj a sentirsi, non poteano essere oralmente intesi, a maggior ragione non si potea il loro detto leggere per non essere nè assenti, nè morti, nè legittimamente impediti: che il loro detto non fu giurato: e che in conseguenza un pezzo non giurato in dibattimento è servito d' importante elemento alla convizione.

» Visti quindi gli articoli 180 del regolamento de' 20 maggio 1808. 1. del decreto de' 29 ottobre 1810 e 'l numero 8 del decreto de' 12 settembre 1811 così concepiti.

» Articolo 180 »» Alcun testimone non contenuto nella nota dell' accusator pubblico

e del reo, non potrà presentarsi al tribunale al dibattimento; salvo il caso, che dal risultato del dibattimento stesso il tribunale non giudicasse necessaria la testimonianza di una persona, o non prodotta dalle parti, o non citata. »»

» Articolo 1. »» Le deposizioni de' testimoni morti, o assenti, o quelle de' testimoni citati, pe' quali siavi documento di essere legittimamente impediti, potranno essere lette ne' dibattimenti, e messe in discussione insieme con le altre pruove raccolte. I giudici ne avranno quella ragione, che sarà di dritto nel calcolo della propria convizione. Articolo 1 numero 8 »» porteranno a nullità . . . . la mancanza in dibattimento del giuramento de' testimoni.

» Annulla la suddetta decisione col dibattimento dal termine delle 24 ore inclusivamente in poi, e rinvia la causa alla gran corte criminale di Terra di Lavoro. »

Altre decisioni sono state profferite dalla medesima suprema corte nei diversi casi di recidiva. Scicgliamo le più analoghe a far conoscere lo stato di una condanna preesistente, che sia valido a dichiarare recidivo il colpevole di un secondo reato.

1. Con decisione de' 10 dicembre 1817 si stabilì la giurisprudenza che la pena pronunciata in seguito di *truglio* o di *classificazione* sia a considerarsi come condanna legale; conseguentemente sia a produrre gli effetti della recidiva.

» *Fatto*. Domenico Capasso a' 20 febbraro 1805 fu condannato in grado di truglio dalla gran corte della Vicaria a sette anni di galea per furto commesso con iscalata in tempo di notte e in unione di altra persona. Soggiacque alla pena. In agosto poi del 1816 si rese colpevole di omicidio volontario. La corte criminale di Napoli sull' appoggio degli articoli 56 e 304 del codice penale lo condannò a morte.

» Ricorso.

» *Motivi di annullamento*. - 1. *Motivo*. La testimone Veneranda Sica dopo aver prestato il giuramento sulla sua deposizione fatta nella discussione pubblica, fu richiamata per esser contrapposta ad un altro testimone, e non prestò nuovo giuramento. Violazione dell' art. 1 n. 8 del decreto 12 settembre 1811. - 2. *Motivo*. Il misfatto di cui fu accusato Capasso nel 1805, fu di diverso genere del misfatto del 1816. Egli dunque non è recidivo a' termini dell' art. 56. - Si aggiunge che la pena della galea non è tra le pene riconosciute dal nuovo codice; e in conseguenza non può avere coi lavori forzati perpetui in esso stabiliti quella relazion necessaria che li faccia crescer di grado; come sarebbe la espiazion precedente di altra pena sanzionata dal codice medesimo. - Nè è da tacersi che perchè le conseguenze della recidività si aggiungano alla pena ordinaria di un nuovo misfatto, dee sempre supporsi che in atto che questo vien commesso esista ancora nell' incolpato qualche obbligazione, e quasi la impronta dell' antica pena. Ciò può dirsi per le condanne imposte dalle nuove leggi, non già per quelle che si diedero dagli antichi tribunali. Oggi perchè alcuno sia liberato interamente dagli effetti di una pena temporanea afflittiva o infamante, debbe essere legalmente riabilitato: gli effetti all' incontro delle antiche pene terminavano di fatto al terminar di esse, e la riabilitazione a tutti i dritti civili senza bisogno di ordinanza superiore seguita nel momento stesso in cui al condannato erano sciolti i suoi ceppi. Non appena dunque che Capasso uscì di galea, niun peso doveva più risentire di un misfatto già purgato dalla pena; e voler oggi che per effetto di una nuova legge questa pena continui ad agire è lo stesso che violare il principio della non retroattività. - In ultimo Capasso fu *trugliato* e non già giudiziariamente condannato. Ma per applicarsi l' articolo 56 si richiede una condanna giudiziaria e legale. Quest' articolo dunque per qualunque lato si prenda è stato sempre mal applicato.

» Udito il rapporto del consiglier Farina commessario: inteso D. Giuseppe Marzucco avvocato officioso del ricorrente: sulle conclusioni dell' avvocato generale cavalier Nicolini, il quale ha così detto:

» Signori,

» Grave è la causa presente, se si riguardi la condanna pel cui annullamento è stato prodotto il ricorso; ma nulla mi sembra più

lieve quanto i motivi sui quali il ricorrente si poggia.

» Il primo non regge in fatto. Dopo che un testimonio ha giurato, se richiamato a deporre dica nuove cose non inutili alla causa, è necessario che anche fornisca di giuramento quest' altra parte di sua deposizione. Veneranda Sica in dibattimento depose e giurò: fu poi chiamata nuovamente perchè rispondesse ad altro testimonio che contraddiceva il suo detto: ma ella allora senza aggiungere alcun' altra circostanza non fece che sostenere in faccia a costui di parola a parola ciò che avea già deposto. Nulla dunque la corte udì di nuovo da lei, perchè dovesse esigerne un secondo giuramento. Tutto ciò ch' ella ripetè era stato avvalorato dalla fede del primo; e sarebbe stato un irriverente abuso degli atti i più sacrosanti della religione se si fossero venuti inutilmente a ripetere.

» Il secondo motivo è distrutto dalla sola lettura dell' articolo 56. Nel dritto romano non troviamo alcuna diffinizione, nè alcuna massima generale per la recidiva. Questa è solamente contemplata in qualche caso particolare, come nella inofficiosità e ingratitudine dei liberti (*l.* 1 *D. de jure patronatus*); nei sommovimenti della città (*l.* 28. §. 3. *D. de poenis*); nella ricettazione de' servi fuggitivi (*l.* 4. *C. de ser. fugit.*); nelle violenze pubbliche de' servi (*l.* 8. *C. de vi pub.*); nell' applicazione degl' indulti Pasquali (*l.* 3. *C. de Episcopali audientia*). Nè sempre in questi casi è distinta la recidiva dalla reiterazione propriamente detta, la quale consiste in commettere il secondo reato innanzi che il primo sia legalmente giudicato.

» Nacque da ciò, che vogliosi gl' interpetri di trar massime generali da questi provvedimenti particolari, dovettero poi soggettarle a molte distinzioni per non metterle in opposizione alle individuali circostanze in ciascun caso espresse dalla legge. L' art. 56 all' incontro contiene non un caso particolare, ma una disposizion generale: » Chiunque dopo essere stato una volta condannato per misfatto, ne avrà commesso un secondo. » Qui non si distingue se l' un misfatto sia di diverso o dello stesso genere dell' altro; nè si guarda se fra le due pene esista tal corrispondenza, che l' antecedente sia del pari compresa fra quelle che sanziona il nuovo codice: non vi si distinguono le epoche nè le forme de' giudizj della prima e della seconda condanna: niuna necessità a buon conto vi si suppone della relazione d' identità tra l' una e l' altra, fuorchè di quella ch' entrambi i reati, entrambe le pene sieno di alto criminale. Distingueremo noi ciò che la legge non distingue, sol perchè a qualche interpetre del dritto romano, prima di questa legge e coerentemente alle abolite teorie delle pene straordinarie, piacque mettere in campo alcune distinzioni sull' oggetto?

» Nel caso presente poi è da avvertire che la forma de' giudizj di *truglio* o sia forma delle transazioni e concordie tra l' avvocato fiscale ed il reo, era un tempo una forma altrettanto legale quanto lo sono adesso i giudizii dietro dibattimento. Poichè oltre, che ciò fu assodato presso l' abolita corte di cassazione nelle cause di Quaranta, Capaldo e Acconciagioco, le nostre antiche leggi e l' ultimo decreto de' 7 luglio 1814 sciolgono interamente ogni avanzo di dubbio. - Più: l' antica pena della galea non era che la pena attuale dei lavori forzati sotto altra denominazione; e in conseguenza rientra per la sua natura nella classe delle pene portate nell' ultimo codice. Io poi non conosco alcuna legge patria che dica espressamente esser purgata ogni macchia di misfatto tosto che se n' è adempita la pena. Anzi le frequenti disposizioni dell' esilio o territoriale o dal regno dopo l' espiazione della galea, e la esclusione da più indulti pe' recidivi, e più di ogni altro la *Pram. XI de empt. vendit.* e le *Pram. de monetis* mostrano chiaro che presso di noi i condannati, particolarmente per furti o altri misfatti infamanti, restavan sempre marchiati della infamia della loro pena anche dopo che questa era stata eseguita.

» E potrebbe anche aggiungersi che Capasso uscì di galea nel 1812, quando cioè già l' art. 73 della terza legge de' 20 maggio 1808 prescriveva che un condannato a pena temporanea afflittiva o infamante non poteva essere riabilitato ai dritti ed alle funzioni di

cittadino che in forza di una decisione della corte criminale del suo domicilio, renduta cinque anni almeno dopo di essersi avuto pubblico esperimento di sua buona condotta. Or quando Capasso dopo la sua condanna per furto bagnò volontario le mani nel sangue di un cittadino, era egli stato legalmente riabilitato? Erano trascorsi i cinque anni perchè egli lo avesse potuto sol chiedere?

» Ma nella causa in cui siamo non abbiam bisogno di discendere a sì particolari circostanze. Ripetiamolo: la sanzione dell'articolo 56 è generale e assoluta. Relativamente alla condanna precedente che si richiede per applicarlo, questa si estende ad ogni condanna per misfatto in qualunque tempo, con qualunque rito e da qualunque tribunale sia stata pronunziata. Nulla rileva se la pena sia stata espiata, o se stiasi attualmente espiando, o se il condannato se ne sia per grazia o per frode o per violenza sottratto. Sia stato pure il colpevole soggetto prima ad una pena sconosciuta dal codice attuale; lo sia stato ad una delle pene che questo codice infligge: ciò importa poco. Non possono restringersi a casi speciali le leggi penali che per la loro generalità li abbracciano tutti. Se ciò si facesse, si commetterebbe forse un errore assai più grave di quello de' nostri dottori, quando i casi particolari delle leggi elevarono a massime generali ed astratte. Nè l'applicazione dell'articolo può essere accusata di alcuna specie di retroattività nel caso presente in cui la prima decisione è anteriore al codice penale; poichè l'aggravazione della pena non piomba già sulla prima condanna nè sul primo reato: essa ferisce il secondo il quale è commesso sotto l'impero dell' ultimo codice: essa è pronunziata non a cagione del dolo punito una volta nell'antico misfatto, ma a cagione della maggiore perversità e dell'abito criminoso mostrato nell' ultimo: essa in fine si spiega in tutto il rigore sol perchè ostinati i rei, secondo l'espressione delle leggi romane, *in eadem temeritate propositi perseveraverint* (*d. l.* 28 *D. de poenis*) e perchè l'espiazion di una pena *non emendationi potius quam consuetudini deputaverint* (*d. l.* 3. *C. de Episcopali audientia*).

» Per queste ragioni io son di avviso che si lasci lo sfogo libero alla giustizia e si rigetti il ricorso.

» La corte suprema di giustizia ec. facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Osserva che il primo mezzo non sussiste in fatto; poichè Veneranda Sica nell'essere stata richiamata in dibattimento non fece che confermare la sua precedente giurata deposizione.

» Osserva che il 2. mezzo non sussiste in dritto; poichè non la uniformità, ma la condanna per misfatto è sufficiente a dar luogo alla recidiva; e la condanna a sette anni di galea in linea di *truglio* fulminata al primo misfatto è una condanna legale.

» Visto l'art. 1 del decreto dei 7 luglio 1814 conceputo ne' termini seguenti: - La condanna a pena in seguito di *truglio* o di *classificazione* si considera come una condanna legale.

» Visto l'art. 56 del codice penale. - Chiunque dopo essere stato una volta condannato per misfatto ne avrà commesso un altro.... che porti seco la pena de' lavori forzati perpetui, sarà condannato alla pena di morte. »»

» Per tali considerazioni rigetta il ricorso.»

2. Uniformemente a questa giurisprudenza benanche decise l'abolita nostra corte di cassazione a 5 gennaro 1813.

» *Fatto*. Gennaro Capaldo sottoposto ad inquisizione di moltissime falsità di banco, fu in ottobre 1798 carcerato, e si rese giudiziariamente confesso di una lunga serie di misfatti di questo genere. Nel 1799 fu veduto in libertà, nè se ne conosce chiaramente il motivo. Nel dì 12 luglio di quell'anno stesso fu condannato in termini di concordia a 15 anni di deportazione in Longone col successivo sfratto dal regno. Questa decisione cominciò ad essere eseguita: ma nel 1803 il condannato fu veduto nuovamente libero nella sua patria sotto il nome di Gennaro Colangelo.

» Arrestato di notte mentre con alcuni si aggirava munito di false chiavi, grimaldelli

ed altri istrumenti di misfatto fu d'ordine del capo della polizia generale, approvato da S. E. il soprintendente, nel dì 26 novembre di quell'anno trasportato alle galee in deposito, precedente frusta per la città. Ma nel dì 15 aprile 1804 evase dal bagno del Carmine per effetto di un ordine la di cui falsità fu incerta, ma la illegittimità era chiara.

» Finalmente nel dì 19 settembre 1821 fu di nuovo carcerato in Napoli e rimesso alla corte criminale. Questa agli 11 maggio 1812 decise che si eseguisse il giudicato de' 12 luglio 1800, cui pena non era mai stata dal Capaldo espiata.

» Ricorso.

» *Mezzo di cassazione.* - Assunse Capaldo che il *truglio* non era decisione, ma una transazione tra l'accusatore ed il reo; che nel *truglio* fatto per lui non era intervenuto il suo consenso; che con legge de' 19 marzo 1816 fu messo in arbitrio di tutti i *trugliati* di scegliere o la pena cui erano stati condannati, o un nuovo giudizio: egli a questo nuovo giudizio reclamava. Si aggiungeva ch'egli dovea considerarsi come amnistiato in forza del decreto de' 16 aprile 1812.

» Udito il rapporto del consiglier Sausoni commessario: - inteso D. Francesco Lauria avvocato del ricorrente: - sulle conclusioni dell'avvocato generale cav. Winspeare:

» La corte ec. facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Considerando che l'allegata eccezione dal condannato si risolve in due quistioni, l'una se la sentenza della Vicaria criminale de' 12 luglio 1800 contenga un giudicato definitivo; l'altra se l'indulto accordato col decreto de' 16 aprile 1812 comprenda pure i condannati definitivamente giudicati. - Considerando nella prima delle due proposte quistioni, che secondo l'antica procedura giudiziaria del regno le sentenze pronunziate da' tribunali criminali colla clausola *taliter concordatus* avevano una forza legale uguale a quella delle sentenze pronunziate in contraddizione del fisco accusatore, e dell'accusato: che questa clausola conteneva una transazione di pena utile all'imputato, poichè se da una parte l'imputato rinunciava ad ogni rimedio di difesa, dall'altra riceveva una pena estraordinaria, minore di quella a cui sarebbe stato esposto nell'esito regolare del giudizio: che il condannato Capaldo ha sentito il beneficio di questa transazione perchè sebbene accusato e giudiziariamente confesso di falsità di pubbliche scritture, alle quali era per la *Pramm. de falsis* imposta la morte naturale, pure fu solamente condannato a quella di quindici anni di deportazione: che sebbene in origine i decreti di concordia fossero introdotti per quei carcerati poveri che essendo alimentati dal governo erano difesi dagli avvocati de' poveri allora esistenti presso i tribunali criminali del regno, pure una tal procedura si estese nei tempi posteriori a tutti i carcerati, che personalmente o per mezzo dei loro avvocati consentivano di abbandonare il giudizio e di sottomettersi ad una pena convenuta col fisco: che tutte le condanne di questo genere pronunziate dalle udienze provinciali, erano nella stessa forma di concordia rivedute dalla Vicaria criminale di Napoli, senza che nè le prime nè le seconde fossero mai fondate sul consenso espresso de' condannati, ma o sul consenso de' loro avvocati, o sulla di loro acquiescenza: che la procedura antica non vietava, che se i condannati si fossero creduti pregiudicati dal fatto de' loro difensori, si fossero gravati de' decreti di concordia o col rimedio dell'appellazione a' tribunali superiori, o col rimedio delle nullità negli stessi tribunali inappellabili; in vista de' quali rimedii potea il giudice superiore, o lo stesso giudice inappellabile correggere l'errore della prima condanna, o anche ordinare la continuazione del giudizio regolare: che Gennaro Capaldo non solo non si valse di questo rimedio, ma accettò formalmente la sentenza di concordia colla soscrizione di un obbligo *penes acta* come era allora di rito: che tutte le osservazioni fatte contro a questo sistema di procedura potrebbero essere valide a procurarne la riforma, qualora fosse tuttavia in vigore, ma non ad influire nel giudizio della regolarità degli atti consumati sotto l'impero di quella legge: che l'adottare massime contrarie tenderebbe a rovesciare tutti i giudicati di questa specie, e ad aprire i bagni e le ca-

se di forza dei condannati: che la nuova procedura non solo non ha apportato alcun cambiamento o pregiudizio al precedente sistema, ma lo ha riconosciuto, e se n'è servito per una parte dei giudizii che erano tuttavia pendenti nel tempo della pubblicazione della nuova organizzazione giudiziaria, perchè col decreto de' 31 aprile 1809 fu statuito che le cause de' detenuti per delitti anteriori al primo di gennajo 1809 fossero terminate per via di concordia e senza le formalità prescritte dalla legge de' 20 maggio 1808, e che niun argomento può trarsi dalla lettera ministeriale de' 19 marzo 1806.

» Sulla seconda quistione - Considerando che l'abolizione accordata dal decreto de' 16 aprile 1812 riguarda le azioni penali di quei reati antecedenti a' 14 febbrajo 1806, che non erano diffinitivamente giudicati all'epoca dell'enunciato decreto; che perciò il giudicato diffinitivo della già Vicaria criminale de' 12 luglio 1800 non può essere dal suddetto decreto abolito: »

» Per tali considerazioni dichiara che non vi è luogo a deliberare. »

3. Con decisione de' 24 marzo 1814 l'abolita corte di cassazione consagrò inoltre la massima, che il *truglio* e la *classificazione* in servizio militare non eseguiti in persona dell' imputato, non possono produrre le conseguenze della recidiva.

» *Fatto*. Nicola Acconciagioco per omicidio ed altri misfatti dalla Giunta eretta con sovrana risoluzione degli 8 dicembre 1805 fu trugliato ad anni 15 di galea, e per essa fu classificato a sedici anni di servizio militare. Nè la pena, nè la commutazione di essa fu mai eseguita. Era in prigione nel 1806 ed ottenne la grazia. - Carcerato poscia per accuse di stato dopo qualche mese fu posto in libertà. - In seguito fu accusato di offese reali in persona della propria madre. La corte criminale di Napoli con decisione de' 22 gennaro 1814 lo condannò per effetto della recidiva a cinque anni di lavori forzati a' termini degli *art.* 56 *e* 312 *del cod. pen.*

» *Mezzo di cassazione*. - Il truglio pronunziato nel 1805 non ebbe alcun effetto. Anzi non passò mai in giudizio, poichè con disposizione de' 19 marzo 1806 si prescrisse che tutti coloro che dopo di essere trugliati in vigore degli ordini sovrani degli 8 dicembre 1805 erano tuttavia in prigione, potessero chiedere di essere giudicati; e che in questo caso i tribunali competenti dovessero ritualmente procedere e pronunziare il loro giudizio nelle forme ordinarie e legali. Or pendente l'esercizio di questa facoltà Acconciagioco fu liberato. Egli dunque dee considerarsi non come un individuo diffinitivamente condannato, ma come un imputato cui si è fatta la grazia. Ma la corte criminale lo ha considerato come effettivamente condannato. Ha violato dunque l'art. 56 da essa stessa invocato.

» Udito il rapporto del consiglier Parisi commessario: - inteso D. Agazio Ciancio avvocato del ricorrente: - sulle conclusioni dell'avvocato generale interino cavalier Libetta:

» La corte ec. facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. »

» Atteso che la pena della recidiva che la corte criminale di Napoli ha irrogato all'accusato Nicola Acconciagioco colla sua decisione de' 22 gennaro 1814 in virtù dell'art. 56 del codice penale in vigore, mal si adatta al caso in quistione, avvegnachè l' art. suddetto nettamente definisce per recidivo colui che dopo di essere stato condannato per misfatto ne avrà commesso un secondo, qual circostanza di condanna manca assolutamente in persona di esso Acconciagioco, il quale sebbene nel 1805 fosse stato trugliato alla pena di anni 15 di galea per misfatto di omicidio, e per essa ad anni 16 di servizio militare, pur tuttavia tale truglio non ebbe mai il suo effetto, anzi neppur fu ad esso Acconciagioco intimato, il quale in virtù delle disposizioni di marzo 1806 avea la facoltà di gravarsene innanzi a' magistrati ordinarii; ma non fu nelle circostanze di farlo, giacchè pendente il gravame fu aggraziato colla determinazione di non poter essere molestato per tale imputazione: »

» Atteso che la corte non ha definito il grado della reità sotto le vedute del novello codice, mentre ha dichiarato Nicola Acconciagioco reo di perscossa in persona della propria madre, non individuando se tal percossa prodotto avesse malattia con incapacità di tra-

vaglio, e per qual tempo: il che lasciandosi ignorare, non fa ben conoscere se la pena sia stata bene adattata, e se questa sia uniforme alle disposizioni del novello codice in vigore: »

» Per siffatte considerazioni la corte di cassazione cassa ed annulla la decisione suddetta una cogli atti dal termine delle 24 ore in poi, e rimette la causa alla corte criminale di Salerno. »

4. Finalmente la suprema corte di giustizia con decisione de' 13 novembre 1822 ha stabilita la massima, che per dichiararsi recidivo il colpele di un secondo misfatto, o delitto, è necessario riunire nel processo la decisione della prima condanna, e darsene lettura in pubblico dibattimento.

» *Fatto.* La gran corte criminale di Terra di Lavoro con decisione de' 14 marzo 1822 dichiarò costare 1. che Domenico Papa avea commesso ferita grave con arma propria in persona di Giuseppe Trappi: 2. che nel reato suddetto non concorse a favore del colpevole alcun fatto di scusa: 3 che lo stesso Papa avea commesso asportazione d'arma vietata 4 che il medesimo era recidivo in misfatti. Quindi applicati gli articoli 356 357 78 79 57 31 e 34 delle leggi penali lo condannò alla pena de' ferri nel presidio per anni 14, alla malleveria di ducati cento per tre anni, ed alle spese del giudizio.

» Contro di questa decisione il condannato ha prodotto ricorso per annullamento, in di cui sostegno varj mezzi si sono allegati. Un solo però ha fissato l'attenzione della corte suprema, ed è quello con cui si è sostenuto, che si era egli dichiarato recidivo senzacchè esistesse la decisione della prima condanna, e senza sapersi da qual magistrato fosse stata profferita.

» Udito il rapporto ec. ec. ed inteso il pub. minist. che accogliendo l'esposto mezzo, ha chiesto l'annullamento della decisione e del dibattimento.

» La corte suprema di giustizia ec. facendo dritto alle conclusioni del minist. pub.

» Considerando che il citato articolo 78 delle leggi penali dichiara recidivo colui che dopo essere stato condannato per un reato commette altro reato; e che si debba aver come condannato colui contro il quale si trova profferita irrevocabilmente una pena.

» Considerando che dalle disposizioni del detto articolo sorge chiaro, che per dichiararsi recidivo un individuo debba tenersi presente la decisione con cui la prima condanna fu profferita.

» Considerando che il ricorrente fu dichiarato recidivo in misfatto, mentre nel processo non esisteva alcuna decisione di precedente condanna, nè alcuna ne fu letta e discussa in dibattimento; ond'è che siasi manifestamente violato il citato articolo 78 delle leggi penali così concepito.

» È recidivo chiunque dopo di essere stato condannat per un reato, commetta altro reato. Si ha per condannato ogni individuo, contro il quale si trova profferita irrevocabilmente una pena, in modo che se ne renda legale l'esecuzione.

» Per tali considerazioni annulla ec. »

» §. 2. Il condannato per misfatto che com-
» mette altro misfatto, soggiacerà ad una
» pena maggiore di un grado della pena scritta.
» Questo aumento però non potrà portare
» che sino alla pena dell'ergastolo esclusa la
» pena di morte. *Art. 79 Leg. pen.*

Nei casi di ricidiva il dritto romano anche ammetteva l'aumento di pena. Fra gli altri valga l'esempio dato da Callistrato in quei giovani sediziosi, i quali non emandati con un castigo loro inflitto, erano puniti coll'esilio allorchè cadevano nella stessa sedizione.

» Solent quidem qui vulgo se juvenes appellant quibusdam civitatibus turbulentibus se acclamationibus popularium accommodare: qui si amplius nihil admiserint, nec ante sint a praeside admoniti, fustibus caesi dimittuntur, aut etiam spectaculis eis interdictur: quod si ita correcti in eisdem deprehendantur, exilio puniendi sunt, nonnunquam capite plectendi: scilicet cum saepius seditiose et turbolente se gesserint, et aliquoties apprehensi, tractati clementius, in eadem temeritate propositi perseveraverint. *l. 2. §. 3. D. de poenis.*

Brunemanno osserva su questa legge che l'aumento di pena non può aver luogo per quei delitti nei quali alcuno vive immerso perennemente, e da lungo tempo; restrin-

gendosi solo per quei, che si rinnovano dopo una condanna subita.

» Colligere solent ex hac lege, poenam propter consuetudinem peccandi, v. g. si diu in adulterio vixerit non posse augeri, nisi prius de delictis primus fuerit condemnatus et punitus *Farin. q.* 23. *n*, 9. *Berlich. p.* 5. *conclus.* 78. *n.* 34. Et ex his *Manz. in cent. decis. q.* 78. n. 10. sic relegatus saepius rediens pro una tamen vice praecisione digitorum ipsum puniendum esse, tradit *Berlich. l. cit. n.* 34. quem laudat *Manz. l. cit. n.* 13. sed adulter non obstante frequentia criminis semel tantum puniendus. *Brunnemanni. Com. in Pandect. ad l.* 18. *Capitalium n.* 5.

Nella già nostra corte di cassazione venne ad esame il dubbio, se alcuno condannato colla legge penale de' 20 maggio 1808 alla pena di cinque anni di detenzione, sia a dichiararsi condannato per misfatto, talchè nel caso di altro misfatto possa essere colpito dalla pena della recidiva nei termini delle disposizioni stabilite dalle posteriori leggi penali; con decisione de' 9 luglio 1814 fu sostenuta la negativa.

» *Fatto*. Michele Mendolicchio nel dì 23 novembre 1812 fu condannato dalla corte criminale di Capitanata a cinque anni di detenzione, ed alle spese del giudizio, come colpevole di ferita volontaria in persona di Bartolomeo Ricciardi.

» Nel dì 14 febbraro del corrente anno 1814 stando egli il Mentolicchio nelle prigioni di Foggia uccise con una forbice, Francesco Zaffarano, e ferì Michele Murgo.

» L'accusator pubblico presso la suddetta corte criminale accusò allora il Mendolicchio di omicidio volontario seguito da delitto, e di recidiva nè misfatti.

» La corte con decisione de' 19 del successivo aprile dichiarò il nominato Michele Mendolicchio colpevole di omicidio volontario senza scusa, commesso a colpo di forbice in persona di Francesco Zaffarano dentro il carcere di Foggia, dove tanto l'omicida, che l'ucciso erano detenuti, e dopo che esso Mendolicchio era stato antecedentemente condannato per un'altro misfatto dello stesso genere: ed applicati gli articoli 304, e 56 del codice penale lo condannò alla pena della morte, ed alle spese del giudizio.

» Per più mezzi promuove il condannato la nullità della decisione. La corte suprema fissa le sue vedute su due di essi, come degni di discussione: 1. La ferita di cui egli è incolpato, seguì sotto l'impero della legge de' 20 maggio 1808. Non può ella divenire operosa, nè imprimere alcuna influenza sull' omicidio recentemente commesso; a meno che la vegliante legge penale non voglia rendersi retroattiva. Locchè è un assurdo manifesto: 2 è male applicato l'articolo 56 della citata legge penale.

» Gli estremi, che dessa esige per dar luogo alle severe pene di recidiva non concorrono nella specie in disputa. Quell'antica ferita punita con semplice detenzione non presenta un primo misfatto a senso della legge.

» Udito il rapporto, ed inteso il pub. minist., che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso,

» La corte deliberando nella camera del consiglio.

» Visti gli atti: vista la decisione, visti i mezzi per cassazione,

» Sul primo mezzo.

» Non è egli vero che sul soggetto caso verrebbe il codice penale a rendersi meno operoso. La sua sanzione non colpisce già nè l'antica ferita, nè la condanna che ne seguì. Ella rimane intatta, invariabile, ed esige il rispetto di un giudicato. La legge penale non riguarda che l'omicidio avvenuto nel suo impero. La pena che pronuncia, non è che pel fatto attuale.

» Il legislatore ha distinto i condannati dall'altra massa dei cittadini. Per i secondi ha stabilita una pena. Per i primi ne ha stabilita un'altra, e più grave: ma cotesta pena non è che per un misfatto commesso sotto il suo impero. La maggior severità non importa retroattività. Questo mezzo è rigettato.

» Sul secondo.

« La quistione in altri termini si riduce alla seguente. Un'uomo condannato pel vecchio codice alla pena di cinque anni di detenzione, può chiamarsi condannato per misfatto, in guisa che commettendone un secondo, sia sog-

getto alle pene, che contro de' recidivi minaccia l'art. 56 della legge penale?

» A sciorre cotesta quistione convien disaminare cosa la legge attuale intenda sotto nome di misfatto. (a) Consultando l'art. 10 si scorge che la violazione della legge punita con una pena afflittiva, o infamante è un misfatto. Consultando l'art. 6. si ravvisa che tra le pene o afflittive, ed infamanti, o infamanti soltanto, non ha luogo la semplice detenzione. È quindi un conseguente ben indotto, che un' azione punita colla detenzione semplice non offre un misfatto nello stretto senso dell' art. 56. Quando quella non offre un misfatto, viene a mancare il primo estremo richiesto dalla legge novella. L'omicidio in disputa non è più un secondo, ma un primo misfatto, punibile quindi per l' art. 304 colla morte non già ma coi lavori forzati perpetui.

» La detenzione semplice differisce essenzialmente dalla reclusione, che verrebbe ad essere la pena corrispondente di una ferita, elevata a misfatto. La detenzione non ha che una latitudine da tre a cinque anni. La reclusione l'ha da cinque a dieci. La prima non porta seco alcuna diminuzione di stato per l' art. 56. della vecchia legge. La seconda è infamante. La prima, dalla restrizione della libertà in fuori, serba a detenuti il pieno esercizio di tutti gli altri dritti. La seconda mette il condannato in istato d' interdizione legale. Quella non obbliga ad alcun lavoro. Questa trae seco de' lavori necessarii.

» Quando la legge ha veduto, che una pena grave pronunciata per un primo misfatto non è produttiva del suo effetto, arma giustamente il suo braccio con una severità maggiore, e segna pel secondo misfatto una pena più grave. Ma nel caso in disputa, questo esperimento non si è avverato. Quella pena afflittiva, ed infamante, che preesigeva la legge vegliante, onde in seguito portare un secondo misfatto a pena maggiore, non ha avuto luogo. In sua vece non si è dettata che la detenzione semplice, pressocchè equipollente alla prigionia. Detenzione, che quantunque pena criminale in quel tempo, pure nell' attuale teoria penale esclude il carattere di misfatto.

» Da cotesti sviluppi deriva, che manca la condanna per un primo misfatto; che l'omicidio in contesa si è mal definito per un secondo misfatto, quandocchè non è che il primo; che la pena ad esso adattabile non è che de' lavori forzati a perpetuità; che si è quindi violato l'art. 304 e si sono mal conosciute, e mal applicate le regole di recidiva dettate dall'art. 56.

» Per quest'unico mezzo la corte suprema cassa la decisione resa dalla corte criminale di Capitanata, ed ordina che quella di Napoli, ritenuti i fatti semplici, adatti all' omicidio la definizione corrispondente, e pronuncii la pena legale. »

» § 3. Quando l'aumento porta a pena
» temporanea, e la prima condanna non si
» trova ancora espiata, il tempo dalla nuo-
» va pena si cumula. Se questa unione por-
» ta una pena che ecceda il quarto grado
» de' ferri, il condannato passerà ad espiarla
» nell' ergastolo, cumulandosi i tempi delle
» due pene. *Art.* 80 *Leg. pen.*

» § 4. Il condannato all' ergastolo, o co-
» lui che sta espiando nell'ergastolo la pena
» temporanea a' termini dell' articolo prece-
» dente se commette un misfatto che porta il
» secondo grado de' ferri o una pena maggio-
» re, sarà punito colla pena di morte. Colui
» però che è stato condannato ad espiare nel-
» l' ergastolo la detta pena temporanea, se
» diviene recidivo dopo il termine della me-
» desima, sarà trattato colle regole stabilite
» nell' articolo 79.

» In caso di reati che portano a pene mi-
» nori del secondo grado di ferri, il con-
» dannato all' ergastolo sarà sottoposto ad una
» più severa restrizione, ed alle pene sta-
» bilite da' regolamenti *Art.* 81. *Leg. pen.*

I regolamenti per i forzati contengono sull' oggetto le seguenti disposizioni.

« In tutti i misfatti comuni, oltre l'aumento di pena per la recidiva a' termini degli

(a) *Il codice penale del 1812, le di cui disposizioni sono in esame, definì per misfatto il reato punibile con pena criminale. Eguale definizione ritenuta dalle novelle leggi penali viene a render utile la soluzione della presente questione.*

articoli 78 ad 83 delle leggi penali, vi sarà l'aumento di un altro grado, attesa la qualità del luogo in cui essi si commettono. *Art.* 3. *Stat. pen. pe' reati commessi dai forzati.*

» Qualora però la pena del forzato sia del quarto grado, in questo caso l'aumento di pena nello stesso genere, sia per nuovo reato, sia per le qualità aggravanti espresse nell'articolo precedente, sarà l'ergastolo, o se il reato è stato commesso nell'ergastolo, sarà commutato in un diverso genere di pene particolari alla classe de' forzati. *Art.* 4. *Idem.*

» §. 5. Il condannato per misfatto se com- » mette delitto sarà per questo punito col » *maximum* della pena stabilita, la quale po- » trà essere ancora duplicata; il reo vi sa- » rà sottoposto dopo il termine della prima » condanna se questa non è ancora espiata. » *Art.* 82. *Leg. pen.*

Il misfatto che può dar luogo alla recidiva nella punizione di un delitto posteriormente commesso, può spesse volte cambiar qualità in ragion della scusa che lo produce; in questa ipotesi non vi è recidiva. Tale giurisprudenza fu dettata dalla corte suprema di giustizia con decisione de' 26 novembre 1817.

» *Fatto.* Giuseppe di Iorio per omicidio provocato da ferite fu nel 1792 condannato a tre anni di presidio. Nel 1815 commise un furto di notte, in casa abitata e con frattura: qualità che portano seco la pena de' lavori forzati a tempo a' termini dell'articolo 384 del codice penale. Fu però come recidivo condannato a lavori forzati perpetui.

» Ricorso - Motivi di annullamento - 1. Per applicarsi l'articolo 56. del codice penale la prima condanna dev' essere per misfatto e non per delitto. Questa distinzione presso gli antichi tribunali era nella cosa, se non era nelle denominazioni e nella competenza. Per ordinario lo stesso tribunale giudicava i misfatti e giudicava i delitti, sotto il nome generico di delitto. Ma ciò non confondeva la diversa indole e natura degli uni e degli altri. Quindi è che se oggi per le leggi posteriori a quell' epoca debbono ricercarsene gli effetti diversi, non conviene farsi illudere dal nome comune ch' essi aveano una volta; ma dobbiamo ricercare la loro indole particolare e paragonarla colle leggi nuove. Or secondo questa norma noi troviamo chiaramente che il primo reato di Jorio fu un delitto e non un misfatto. Mal dunque si è a lui applicato l'articolo 56 che nella recidiva richiede che la prima condanna sia per misfatto - 2. Si è elevato ad elemento di convizione la dichiarazione del marito della dirubata. Questa non è stata discussa in dibattimento. Si è dunque attinta la convizione da tutt' altro fonte che dalla pubblica discussione. Violazione delle leggi protettrici della pubblicità de' giudizj penali.

» Prodotti i mezzi il condannato venne a morte. La causa si è trattata nella corte suprema per gli effetti civili della condanna e per l'interesse della legge.

» Decisione - La corte facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. - Sul primo mezzo: è ben vero che l'incolpato nel 1792, fu condannato dalla già regia udienza di Capitanata a tre anni di presidio per un omicidio commesso in persona di Antonio Gallo; è vero del pari che il di Jorio non altrimenti commise l'omicidio suddetto che in seguito di provocazione fattagli dall'Antonio con ferite pericolose di vita cagionate alla sua persona a colpo di pistola. Un omicidio di simil natura e che non è che l'effetto di una violenta provocazione, non costituisce più un misfatto, ma si risolve in semplice delitto a' termini dell'articolo 521 del codice penale provvisoriamente in vigore. Subitochè il reato di cui è disputa, è risoluto in delitto, la recidiva pronunziata dalla gran corte criminale è estranea all'oggetto, come del pari è estranea la pena de' lavori forzati. - Sul secondo mezzo; è osservabile che la corte criminale di Molise nella decisione dalla medesima pronunziata ha elevato a mezzo di pruova la dichiarazione del marito della dirubata Emilio Aloja. Ma costui non è stato esaminato, che nella sola istruzione. Nella nota che il ministero pubblico ha data in sostegno della sua accusa, non trovasi costui registrato, come neanche non trovasi citato, nè presentato nella pubblica udienza. In fine la di lui dichiarazione scritta neppur fu letta nel pubblico dibattimento.

» Da tali considerazioni si raccoglie, che sia stato mal conosciuto e mal applicato l'articolo 56 del codice penale, e che sia stato violato eziandio il decreto de' 12 settembre 1811.

» Quindi annulla la decisione resa dalla corte criminale di Molise; e dichiara che non vi è luogo a rinvio, attesa la morte del condannato.

» §. 6. Il condannato per delitto se com-
» mette altro delitto sarà per questo punito
» col *maximum* della pena stabilita, la qua-
» le potrà essere ancora duplicata. *Art.* 83
» *Leg. pen.*

» §. 7. Vi ha recidiva di contravven-
» zione, quando ne sei mesi precedenti il
» colpevole sia stato condannato per altra con-
» travvenzione. In questo caso il recidivo sarà
» condannato al *maximum* della pena scrit-
» ta, la quale potrà essere ancora duplicata.
» *Art.* 84. *Leg. pen.*

» § 8. La grazia del Principe che o com-
» muta o condona una pena legalmente
» pronunziata, non toglie in colui che ne
» è il favorito il carattere di condannato per
» gli effetti della recidiva.

» L'aggraziato sarà tenuto anche alla con-
» dizione più severa degli effetti della reci-
» diva, se mai tal condizione è apposta nel-
» la grazia. *Art.* 90. *Leg pen.*

» REITERAZIONE. §. 1. La reiterazio-
» ne si ha quando il colpevole di un misfat-
» to, per lo quale non è stato ancora le-
» galmente condannato, commette altro mi-
» sfatto; o il colpevole di delitto commette
» altro delitto; o il colpevole di contravven-
» zione commette altra contravvenzione *Art.*
» 85. *Leg. pen.*

Per aver luogo la reiterazione, il secondo reato dev'essere della stessa specie del primo? Carpzovio in esaminando la esasperazione della pena nel furto l'ammette nel caso della reiterazione; cioè quando il ladro spesse volte, ed in diverso tempo ruba soltanto, o ruba, ed uccide.

,, Exasperatur poena latrocinii ob reiterationem criminis, si nempe latrocinium ab aliquo non semel, sed aliquoties, et distinctis vicibus commissum, vel plures personae unius spolii causa occisae fuerint. *Carpzovii Pract. rer. crim. Quaest.* 23. *P.* 1. *n.* 12.

Questo parere essendo però comune tra i giureconsulti prevalse in modo, che la reiterazione non era in altra guisa conosciuta. Ma l'uso di giudicare ne alterò il sistema. Videsi nel foro estesa la reiterazione a tutt' i delitti ancorchè non della medesima specie. ,, Fu creduto (dice elegantemente l'illustre professore di dritto criminale signor Lauria nella sua Esposizione delle leggi penali parte 1. cap. 11. nota 2. sulla recidiva) che dovesse calcolarsi il disprezzo della pena non la qualità del secondo reato; e che il ricadere ne' misfatti ad onta della pena sofferta era una pruova dell'incorrigibilità, e quindi si esasperava sino alla morte. ,,

Ma facendoci più d'appresso all'analisi dell'articolo 85 vediamo che questo o non può applicarsi per tutti i casi che contiene o dee applicarsi solo quando il secondo reato sia della stessa specie del primo: dapoicchè data la ipotesi, che il secondo delitto sia una ferita scusabile, potrà questo eccitare la severità della pena sol perchè sia stato preceduto da un furto? La regola generale molto chiaramente espressa nel nostro articolo, non può essere alterata in quella parte che soggiace ad una eccezione di fatto. In questo caso sarebbe difettosa. Semplice nella sua esposizione ella dimostra il modo come dee adattarsi al fatto colpevole, distinto dal legislatore col nome di reato. D'altronde la voce *reiterazione* esprime un' azione geminata, che certamente non può verificarsi nella diversità dei reati che alcuno commette: difatti un colpevole di furto, che pendente il suo giudizio uccide senza fine di rubare, potrà denominarsi omicida reiteratore? un accusato di falsità che ruba sarà reiteratore nel furto? in somma sarà reiterato un fatto che per la sua diversa qualità non ha rapporto alcuno, nè somiglianza con altro fatto precedente? Queste osservazioni ci determinano adunque a conchiudere, che per aver luogo la reiterazione il secondo reato dev' essere della stessa specie del primo.

Nella suprema corte di giustizia si portò la questione se breve intervallo tra uno ed altro reato a carico di un medesimo delinquen-

te possa costituire la qualità della reiterazione. Con decisione de' 27 novembre 1822, la soluzione fu negativa.

» *Fatto* - La gran corte criminale di Capitanata con decisione de' 31 gennaro 1822 dichiarò costare che Nicola Ariani era colpevole di omicidio volontario in persona di Michele Baldassarre suo zio e di tentato omicidio in persona di Maria Giuseppa Sangermano. Quindi fatto il confronto fra l'antica, e la novella legislazione penale, ed applicati, come contenenti pena più mite, gli articoli 385 85 31 e 34 delle leggi penali, lo condannò al *maximum* del 4. grado de' ferri per la durata di anni 30, alla malleveria di ducati 100 per tre anni, ed alle spese del giudizio.

» Contro di questa decisione il condannato ha prodotto ricorso per annullamento, sostenuto da' seguenti mezzi.

» 1. Si è violato l'articolo 286 del rito penale, poichè trattandosi di due reati, la gran corte dovea proporre e risolvere due separate quistioni, anzichè formarne una sola.

» 2. La gran corte nelle sue considerazioni incluse la possibilità di una briga tra l'ucciso e l'uccisore, ma non elevò poi sull' assunto alcuna quistione. Si è quindi violato l'articolo 283 delle leggi suddette.

» 3. La gran corte ha considerato esso ricorrente come reiteratore, mentre tale non era. Si è perciò violato l'articolo 85 delle leggi penali.

» Udito il rapporto; ed inteso l'avvocato generale Vecchioni, il quale colle sue verbali conclusioni ha chiesto rigettarsi il primo mezzo, perchè la disposizione dell' articolo 285 delle leggi di procedura non è dettata a pena di nullità, di rigettarsi il 2. mezzo perchè la supposizione di una briga è valevole bensì ad escludere la premeditazione, ma non può dar luogo alla quistione della scusa, la quale corrisponde al fatto più grave della rissa, e di accogliersi il terzo mezzo, in conseguenza di annullarsi il giudizio ritenendosi però il fatto semplice.

» La corte ec. facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Visti gli atti ec.

» Considerando che il primo mezzo non è dalla legge sublimato a nullità, e che non ha appoggio nè in fatto nè in dritto il secondo mezzo.

» Arrestandosi poi al terzo mezzo fa le seguenti considerazioni.

» Il fatto consegnato nella decisione presenta che Nicola Ariani disgustato del suo zio Michele Baldassarre, nella sera de' 17 giugno 1818 mentre costui era andato nella scuderia a governare una sua giumenta, vi si condusse anch'egli, e con un colpo di pistola gli diè morte. Che allo scoppio dell' arma micidiale Maria Giuseppa Sangermano domestica del Baldasarre uscì dalla cucina, ove era, per conoscere l'accaduto, ed imbattutasi coll' Ariani, lo rimproverò di aver ucciso il zio: che Ariani allora l'assalì, e con uno stile le vibrò due colpi, che le cagionarono delle gravi ferite.

» La gran corte in tale posizione di fatto dichiarò Ariani colpevole di omicidio in persona del zio, e di mancato omicidio in persona della Sangermano, e nell' applicazione della pena consideratolo come reiteratore di due misfatti, lo condannò per virtù dell'articolo 86 delle leggi penali al *maximum* del 4 grado de'ferri.

» Or l'articolo 85 delle leggi penali dichiara reiteratore colui che colpevole di un *misfatto per lo quale non è stato ancora legalmente condannato commetta altro misfatto*. Dalla lettera di questo articolo risulta che per darsi luogo alla reiterazione sia necessario, che tra un misfatto e l'altro vi sia stato tanto intervallo di tempo, che abbia il primo almeno aperto l'adito ad un giudizio. Nel caso in esame i due reati furono consumati quasi contemporaneamente, e nella successione di uno all' altro, comechè niun nesso vi fosse stato fra loro; ond'è che l'articolo 85 non era mai applicabile alla soggetta specie.

» Penetrandosi poi nello spirito di detto articolo scorgesi chiaro, che il legislatore volle più aspramente punire l'abito contratto nel delinquere, anzicchè chi commettesse più delitti fra l'ebbrezza del furore in un atto stesso.

» Dalle quali considerazioni deriva che la

gran corte di Lucera avendo considerato il ricorrente come reiteratore, ed avendolo condannato come tale al *maximum* della pena prescritta sul misfatto più grave, abbia violato espressamente il citato articolo 85 delle leggi penali, e 295, 328 e 329 delle leggi di procedura penale così concepito.

» *Articolo* 85 L. p. La reiterazione si ha quando il colpevole di un misfatto per lo quale non è stato ancora legalmente condannato, commette altro misfatto, o il colpevole di delitto commette altro delitto, o il colpevole di contravvenzione commette altra contravvenzione. »»

»» 295 P. p. Tutte le violazioni sull'applicazione della legge portano a nullità. »»

»» 328 *Idem*. Se le nullità dichiarate sussistenti riguardino la sola quistione di dritto, questa parte sarà annullata, e tutta la parte che riguarda la quistione di fatto, verrà ritenuta.

»» 329 *Idem*. Se le nullità non riguardino che una o più parti delle disposizioni contenute in una decisione, e le altre parti possano stare senza di queste, la corte suprema annullerà le une, e riterrà le altre. »»

» Per tali considerazioni ritenuti i fatti semplici, e la dichiarazione di reità, annulla la sola applicazione della pena e rinvia la causa alla gran corte criminale di Napoli. »

Nella stessa suprema corte di giustizia si esaminò il dubbio se la fuga tentata con violenza da un delinquente detenuto, costituisca la reiterazione: con decisione de' 18 aprile 1823 fu risoluto negativamente. Vedi *Fuga dei detenuti* §. 1. *Decisione* 3.

» §. 2. Il reiteratore di due misfatti sarà
» punito colla pena che corrisponde al mis-
» fatto più grave, la quale sarà applicata
» sempre nel *maximum* del grado. Il reite-
» ratore di più di due misfatti sarà punito
» con un grado di più della pena stabilita
» pel misfatto maggiore, purchè questo au-
» mento non porti alla pena di morte. *Art.*
» 86. *Leg. pen.*

Fu questione nella suprema corte di giustizia se un primo misfatto prescritto possa ravvivarsi col secondo. A' 16 gennaro 1818 si ritenne l'affermativa fatto però il ragguaglio del tempo.

» *Fatto*. Nicolangelo Mastrodonato fu imputato di furto di strada pubblica commesso a' 20 agosto 1803. Gli atti d'istruzione si arrestarono a' 23 novembre di quell' anno medesimo.

» Nel 1816 fu imputato di altro furto commesso a' 9 agosto. Essendo stato arrestato, la corte criminale di Trani sulle domande del minist. pub. discusse la quistione se il misfatto del 1803 fosse stato prescritto: e la risolvette per la negativa. Ragion principale di tal decisione fu che fatto il calcolo a' termini del decreto 21 luglio 1813, il tempo della prescrizione non era ancora trascorso. Ma questo calcolo non venne dalla corte criminale inserito nella decisione. In vece di ciò ella aggiunse come una ragione sussidiaria che in qualunque caso, ancorchè si volesse credere prescritto l' antico misfatto, questo era stato ravvivato dal nuovo a' termini del decreto 16 aprile 1812. - Nella discussione non fu inteso l' imputato benchè presente. Questa decisione è de' 17 maggio 1817.

» Il nuovo misfatto era di competenza speciale. Dopo l'anzidetta decisione fatta dalla corte criminale, la gran corte speciale a' 17 settembre si dichiarò competente e pel secondo e pel primo misfatto. - Nella stessa decisione di competenza, riesaminando ella la quistione della prescrizione adottò le stesse considerazioni fatte già dalla corte criminale; ed ugualmente che questa non espresse il ragguaglio di proporzione da lei fatto fra 'l tempo trascorso sotto l' impero della vecchia legge e quello ch' era passato sotto l' impero della nuova; ed assunse in principio che il secondo misfatto ravvivava il primo, comechè già prescritto.

» Ricorso.

» Inteso il rapporto del consiglier Marrano: inteso D. Giuseppe Marzucco avvocato officioso del ricorrente: inteso l' avvocato generale cavalier Nicolini:

» La corte suprema di giustizia ec. ec.

» Osserva che la quistione sulla prescrizione promossa dal pubblico accusatore, fu decisa dalla corte criminale senza sentirsi l' imputato; e non fu intimata all' imputato stesso presente, il quale potea ben impugnarla con ricorso.

» Osserva che la corte criminale escluse la prescrizione senza motivare il ragguaglio de' tempi, contentandosi di dir soltanto di averlo fatto.

» Osserva che la stessa corte criminale non fu interamente sicura della sua decisione esclusiva della prescrizione, a segno che disse, che anche nella ipotesi di essersi prescritto il misfatto, rimanea ravvivato per effetto del decreto de' 16 aprile 1812. Il che importa di aver la corte transatto il suo dubbio con un errore di dritto; poichè confuse due cose differentissime fra loro, cioè la prescrizione, e l'amnistia; e il mentovato decreto parla di amnistia, non di prescrizione.

» Osserva che la gran corte speciale fece suo il ragionamento della corte criminale adottandone l'espressioni, ed in conseguenza il dubbio e l'errore:

» Per tali considerazioni annulla tanto la decisione della corte criminale de' 17 maggio, quanto la decisione della gran corte speciale de' 17 settembre che ne venne in conseguenza; e rinvia la causa alla gran corte speciale di Lucera. »

» §. 3. Contra il reiteratore di due delitti si cumuleranno le pene corrispondenti
» a ciascun delitto, purchè non ecceda il
» *maximum* della pena stabilita pel delitto
» maggiore.

» Contra il reiteratore di più di due de-
» litti si cumuleranno le pene corrisponden-
» ti a ciascun delitto, purchè non ecceda il
» doppio del *maximum* della pena stabilita
» pel delitto maggiore. *Art.* 87. *Leg. pen.*

Nei giudizj per delitto il carico della reiterazione dee far parte delle imputazioni contenute nell'atto di citazione intimato all'accusato, e conseguentemente dee formare un oggetto di discussione in dibattimento. È questa la massima riconosciuta dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 14 luglio 1824.

» *Fatto*. Il regio giudice del circondario di Cropolati con sentenza de' 2 luglio 1823 condannò Rosalbina de Simone a due mesi di prigionia, a dieci mesi di esilio correzionale, ed alle spese del giudizio come colpevole d'ingiurie in persona di Maria Mascari, di avere bestemmiato San Giuseppe, e come reiteratrice di più di due delitti.

» Avverso di questa sentenza la condannata produsse appello alla gran corte criminale di Cosenza, la quale con decisione degli 11 ottobre 1823 sulla considerazione, che la cauzione data dall'appellante non era idonea, la dichiarò decaduta dall'appello.

» Contro di tale decisione la de Simone ha prodotto ricorso per annullamento.

» Udito il rapporto; ed inteso l'avvocato generale Vecchioni, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto di dichiararsi irricettibile il ricorso, e di annullarsi la sentenza del giudice regio nell'interesse della legge, perchè la reiterazione fu erroneamente dichiarata a carico della ricorrente.

» La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso:

» Attesocchè la ricorrente non si trova sottoposta ad alcun modo di custodia, nè ha dato idonea cauzione.

» Visto l'articolo 397 delle leggi di procedura penale:

» Dichiara irricettibile il ricorso:

» In quanto poi all'annullamento nell'interesse della legge richiesto dal pub. minist. fa le seguenti considerazioni.

» Nella cedola di assegnazione spedita all'imputata per la pubblica discussione non si fece alcun motto de' delitti dalla medesima anteriormente commessi, nè motto alcuno se ne fece in tutto il corso del dibattimento. Alla fine di esso, e dopo esaminati tutt'i testimonj il giudice domandò al cancelliere se l'imputata de Simone portava altri carichi su registri di quella cancelleria, ed il cancelliere a voce assicurò, che la de Simone era imputata di quattro altri delitti, per due de' quali era stata condannata, e per due altri avea goduto l'indulto. Il giudice su di questa assertiva del cancelliere dichiarò l'imputata reiteratrice di più di due delitti, ed applicò la pena corrispondente a' medesimi. Esiste poi in processo una fede di perquisizione sul conto di detta imputata, ma porta

un'epoca posteriore alla sentenza, giacchè è de' 7 luglio 1823.

» Considerando, che nè giudizj correzionali l'atto della citazione sta in luogo di atto di accusa:

» Considerando, che siccome nè giudizj criminali è permesso al pub. accusatore dietro il dibattimento di aggiungere o togliere alcuna circostanza aggravante, la stessa facoltà non è negata al minist. pub. nè giudizj correzionali:

» Considerando, che ove ciò avvenga, allora siccome la gran corte è tenuta per l'articolo 276 del rito penale di discutere la quistione di reità secondo la disegnazione fattane dal pub. accusatore, lo stesso del pari deve pratticarsi dal giudice correzionale, giacchè per l'articolo 372 del rito penale la formola delle sentenze è la stessa che quella delle decisioni:

» Considerando nella specie, che nè colla citazione, nè colle conclusioni erasi mai fatta menzione del carico di reiteratrice contro della de Simone; ed intanto la medesima fu per questo carico ancora condannata dal giudice, cosicchè si è applicata una pena per un carico non contenuto nella querela, nè dedotto dal pub. minist.

» Visti perciò gli articoli 350 276 e 372 del rito penale così concepiti.

» 350. L'atto di citazione dee contenere:

»» 1. La copia del rapporto o processo verbale, della querela, e della denunzia, che ha dato principio al procedimento: »»

»» 2. La nota de' testimonj a carico: »»

»» 3. L'enunciazione de' documenti, che sostengono l'accusa, se ve ne sieno: »»

»» 4. La designazione del giorno, in cui l'imputato dee comparire all'udienza: »»

»» 5. L'avvertimento, ch'egli può osservare nel corso del termine tutti gli atti, processi verbali, e documenti, e che può far uso di patrocinatore e presentare tutte le sue pruove a discolpa: »»

»» 6. L'indicazione del domicilio della parte civile se essa è in giudizio, e se vi è interesse di qualche amministrazione dello stato l'indicazione della persona, che per essa agisce, e del suo domicilio: »»

»» 276. Se il minist. pub. abbia nelle sue conclusioni aggiunta o tolta qualche circostanza aggravante di fatto principale su cui è fondata l'accusa, il presidente aggiungerà la seguente quistione *costa che l'accusato ha commesso il misfatto colla tale o tal altra circostanza?* »»

»» 372. La sentenza sarà distinta, a pena di nullità, in due quistioni, la prima di fatto, la seconda di dritto: »»

» La formola sarà la medesima designata per le cause criminali: »

» Se ne farà pubblicazione in udienza: »

» Annulla la suddetta sentenza nel solo interesse della legge; ed ordina, che la presente decisione s'intimi alla ricorrente, onde possa, se voglia sperimentare i dritti accordatile dagli articoli 337 e seguenti della penale procedura.

» §. 4. Contra il reiteratore di due con-
» travvenzioni si cumuleranno le pene cor-
» rispondenti a ciascuna di esse, purchè non
» si ecceda il *maximum* della pena stabilita
» per la contravvenzione maggiore.

» Contra il reiteratore di più di due con-
» travvenzioni si cumuleranno le pene cor-
» rispondenti a ciascuna di esse, purchè non
» si ecceda il doppio del *maximum* della
» pena stabilita per la contravvenzione mag-
» giore. *Art.* 88. *Leg. pen.*

» §. 5. Quando le amnistie aboliscono il
» procedimento, se colui che ne ha godu-
» to, commette nuovi reati, sarà giudicato
» quel reiteratore a' termini degli articoli pre-
» cedenti, come se non avesse goduto del-
» l'indulto.

» La stessa regola dee osservarsi ne' casi
» ne' quali viene interrotto il procedimento
» per la rinunzia alla istanza della parte
» privata. *Art.* 89. *Leg. pen.*

Un delitto colposo può ravvivare un misfatto amnistiato? In sostegno della negativa valga la decisione della corte di cassazione de' 4 giugno 1812.

» *Fatto.* Michelangelo Granito per misfatti di competenza speciale venne amnistiato. Fu imputato in seguito di un omicidio colposo. La corte speciale di Principato citra giudicò che l'ultimo reato avesse ravvivato

gli antichi, comechè amnistiati. Prese quindi cognizione degli uni e dell' altro e si dichiarò competente.

» Ricorso.

» *Mezzo di cassazione.* - Un reato colposo non può mai ravvivare un reato capitale. Ciò risulta dall' espression letterale dell' art. 44 del codice penale. La corte speciale dunque ha applicato quest' art. ad un fatto che non vi era compreso.

» Udito il rapporto del consiglier Moles commessario: inteso l' avvocato generale cavalier Nicolini, il quale ha così detto in udienza:

,, Signori,

,, Le teorie della reiterazione e della recidiva, ugualmente che quelle del ravvivamento de' delitti estinti dalla grazia, partono tutte dal principio medesimo. Ma in applicarle mal cercheremmo nel dritto antico una guida: questo ne fa appena alcun cenno indicandoci quasi da lunge il sentiero; e nel resto ci abbandona a noi stessi.

,, L' istesso codice penale sanzionato non ha guari col decreto de' 23 aprile non fa parola di reiterazione nè di ravvivamento. Contempla la sola recidiva; ed aggrava la pena del secondo reato non perchè voglia che si ravvivi il primo; ma solo perchè dalla stessa ricaduta considerata per se medesima come un fatto morale, deduce la pruova di una perversità tanto maggiore, quanto più inefficace a rattenerla è stata l' esperienza del gastigo ordinato. Or se la causa presente potesse ricevere influenza da questo codice, la decisione in esame dovrebb' essere annullata per la sola ragione ch' ella dà alla recidiva una forza ch' ei non riconosce. Ma benchè questo sia già sanzionato e pubblicato nel regno, non ha finora vigor di legge fra noi. Io dunque esaminerò la causa col codice de' 20 maggio. Ma non posso dispensarmi di confrontar questo col nuovo e talvolta anche col romano e cogli antichi codici patrii. Nel che fare non sarò superstizioso di usare per ciascun d' essi le sole parole ch' egli usa; ma voi permetterete ch' io n' esprima le idee con quelle voci legali, che vengono a rappresentarle con più proprietà e distinzione: le stesse cose, benchè in leggi diverse, saranno disegnate dal nome medesimo. Un tal postulato avrà il suo prezzo nella facilità di vedere e ragguagliare le mutue relazioni di leggi sì varie.

,, Le tre leggi de' 20 e la legge de' 22 maggio 1808 riconoscono tre ordini di giustizia penale; ma per le tre specie di violazioni di legge a ciascun di essi subordinate, non assegnano che un solo nome; quello cioè di delitto. Questa denominazione comune, che secondo il dir di Cujacio è la più ambigua che nelle leggi si trovi, confonde qualche volta le giurisdizioni e le idee, e non di raro nell' esame della legge si oppone alla semplicità ed esattezza dell' analisi, le quali non soglion essere che l' effetto della semplicità e proprietà de' vocaboli. La triplice distinzione degli atti criminosi, la triplice specie delle pene ad essi corrispondente, e la triplice forma dei giudizii venne tra noi quasi un secolo fa, dedotta la natura stessa delle cose dal nostro Vico ne' suoi principii di diritto universale; e ciò che per gli altri non è che gramatica, fu per lui fecondo di altissime conseguenze. Genovesi poi ugualmente persuaso quanto la confusione dei nomi, particolarmente in legislazione e morale, nuoccia alla distinzione delle cose, non omise di notare nella sua Diceosina queste tre classi di violazioni di legge, e desiderò che ciascuna avesse un giudice ed un nome distinto. L' ultimo codice adempie a tal voto. Io dunque sulle tracce di questo, chiamerò misfatto la violazion di legge punita dalla giustizia criminale; delitto quella ch' è punita dalla giustizia correzionale; contravvenzione quella ch' è soggetta a pene di semplice polizia. Perchè imbarazzarci con vani sinonimi, e con determinare piuttosto il senso di queste tre voci a tre diverse classi di cose, di ciascuna delle quali il nome proprio e distinto darebbe luce e brevità al linguaggio legale? Che anzi la commessione eretta per la sanzione di questo codice, non meno che la sezione di legislazione del consiglio di stato, avrebbero voluto accrescerlo di una quarta voce; poichè siccome ei ricade nell' ambiguità notata da Cujacio quando impie-

ga la parola delitto tanto nel senso proprio di violazione di legge correzionale, quanto nel senso generico di ogni specie di violazione di leggi, così per non perdere le ricchezze della lingua in un inutile lusso, disegnarono nelle voci malefizio o reato le voci del genere; e innanzi ad ogni altra definizione misero nell' art. 1 la seguente: ogni atto, ogni omissione contraria ad una legge penale del regno ne costituisce la violazione e chiamasi malefizio o reato. Ma ciò dal legislatore non si è creduto necessario: egli ha lasciato alla giurisprudenza il supplirlo.

,, Assegnato però a ciascuna delle suddette voci il suo senso, chiara e breve ci si mostra nel nuovo codice penale la teoria della recidiva. L' art. 56 parla di chiunque dopo essere stato una volta condannato per misfatto ne avrà commesso un secondo. Gli art. seguenti parlano di recidiva ne' delitti: l' art. 483 di recidiva nelle contravvenzioni. Volendo guardare il primo, se si chiedesse di qual genere debban essere i reati per applicare l' art. 56, la sola lettura del medesimo ci farebbe chiaro conoscere, che l' antecedente del pari che l' ultimo debban esser misfatti, non importando il modo della condanna del primo, nè se entrambi sieno della stessa specie o diversa.

,, Intanto le leggi de' 20 e 22 maggio non hanno sempre il vantaggio medesimo; e conviene talvolta in certo modo tradurle in altre espressioni per ben conoscerne il senso e non dar luogo ad equivoci. Entriamo nell' esame dell' art. 44 del cod. pen. ossia della 3. legge de' 20 maggio, nel quale consiste la causa. - L' art. si esprime ne' termini seguenti: » Si estingue il delitto colla grazia del principe: può però il delitto così estinto essere ravvivato dalla recidiva, sia nello stesso, sia in altro delitto. » Tre volte è qui ripetuta la voce delitto, e nella prima volta non sembra impiegata in senso di malefizio, poichè commesso il malefizio una fiata non può più estinguersi, nè rientrare nel nulla. Nelle due altre volte non è chiaro se venga usata nel senso di misfatto o delitto propriamente detto. L' istessa parola recidiva è in tutta la legge, non che in quest' art. di un senso indeterminato ed ambiguo; e convien conoscere in qual significazione sia stata qui posta. È necessario dunque il determinar prima la intelligenza di queste voci per farci strada alla spiegazion dell' articolo.

» Il codice de' 20 maggio fu attaccato immediatamente all' osservanza presso di noi delle leggi patrie e romane; e la maggior parte de' suoi art. non è che traduzione di leggi e di frasi della romana legislazione. Così il dir estinto il delitto è tradotto da *extincti criminis* ed *extinctum crimen* delle leggi 16 *D. de pub. judiciis e* 1 *si pendent. appellat.*; come il dirsi altrove abolizion di delitto è preso da *abolitio criminis del tit.* de' Dig. ad *S. C. Turpil.* Ma la parola *crimen* non significò altro in queste leggi fuorchè accusa pubblica e procedimento nei pubblici misfatti. È vero che i misfatti pubblici sono anche chiamati *crimina*: noi però non abbiamo nel discorso ordinario nè nel linguaggio del foro una voce italiana che promiscuamente abbracci questi due sensi. Intanto l' art. 44 li ha attaccati entrambi alla voce delitto, quantunque presso i giureconsulti romani *delictum* non dinotò mai azione, ma soltanto malefizio e malefizio ordinariamente privato. Quindi ne' malefizii privati *aboletur* p. e. *actio injuriarum* e non mai *aboletur injuria o extinquitur delictum.* Nella prima parte dunque dell' art. 44 delitto è invece di accusa; o per dirla secondo i principii che adesso distinguono l' azion penale dalla civile, è in vece di azione penale. - Nè questo è solo. I latini distinsero *abolitio criminis* da *abolitio annotationis*, ed *extinctum crimen* da *extincta paena*. Talvolta però sotto le sole parole *abolitio criminis* intesero tutto. Ora è chiaro che questo senso generale diedero alla prima parte dell' art. 44 le parole *si estingue il delitto.* Qui dunque l' estinzione del delitto indica estinzione di tutti i suoi effetti; cioè dell' azione penale, se questa è ancora nel suo corso; della sentenza, se pronunziata non è stata per anco eseguita, e della pena, se la condanna siasi già cominciata ad espiare. Or nel caso presente Granito non era stato ancora giudicato. L' amnistia dunque non ha potuto

operare in lui abolizione di sentenza o di pena: ella ha operato l'estinzione dell'azione penale.

» Può però l'azion penale non seguita ancora da sentenza e da pena ravvisarsi in forza dell'art. 44? Se questo art. dicesse che un nuovo misfatto ravviva l'antico, facile sarebbe lo scioglimento del nodo. Ma l'art. usa la parola recidiva. Quindi la quistione se la recidiva nel senso del cod. de' 20 maggio esiga di necessità una condanna precedente. Per risolverla con chiarezza conviene andar rivolgendo tutti gli art. del codice che parlano di estinzion di delitto ed han relazione alla recidiva.

» Cinque sono i casi ne' quali il codice dei 20 maggio chiama estinto il delitto. Poco è da dirsi del primo in cui si parla della morte del reo (art. 40). Il secondo si ha quando l'antecedente misfatto sia stato prescritto: l'azion penale allora si estingue, e si estingue in tal modo che non si ravviva giammai: il nuovo misfatto è giudicato come se fosse il primo ad esser commesso, salvo ciò che nelle pene temporanee dipende dall' arbitrio de'giudici. Il terzo caso si ha quando *primum crimen* sia stato estinto dall' assoluzione: allora qualunque sia il secondo misfatto, qualunque la nuova pruova acquistata per lo antico, non ne esiste reiterazione, non che ravvivamento (articolo 41). Il quarto caso riguarda l'azione pel primo reato estinto già dalla esecuzion della pena. In questo gli effetti penali si estendono fino al punto in cui il condannato non sia riabilitato (d. art. 41 e 73). - Il quinto è appunto il caso della causa presente, quando cioè *extinctum est crimen* per effetto della grazia. Ora di questi casi nel terzo e nel quarto, perchè operino l'estinzione del delitto, si richiede il giudizio; nel secondo si suppone che l'azione non sia ancor giudicata; nel primo e nell'ultimo l'estinzione può cadere e sull'azione e sulla sentenza e sulla pena. Fermiamoci all'ultimo, cioè al caso del delitto estinto dalla grazia. Risoluta questa frase in tre significazioni diverse è chiaro che il nuovo misfatto non ravviva il primo che nello stato in cui questo fu graziato; di modo che se la grazia è caduta sulla pena, il reo ritorna alla stessa; se la grazia è caduta sulla sentenza, questa va ad eseguirsi; e se la grazia è caduta sull'azione, l'azione ripiglia il suo corso.

» Il che prende lume dalla enumerazione de'casi del giudizio di più malefizii successivamente commessi. Tre ne distingue l'art. 37. Il primo è de' reiteratori, di quelli cioè che in istato ancora di essere legalmente giudicati pel primo misfatto, ne commettono uno o più altri. Or costoro non sono nel caso dell'art. 44 pel quale l'antecedente misfatto non solo non è in istato di essere legalmente giudicato, ma è estinto dalla grazia. - Il secondo caso è de'recidivi propriamente detti, i quali delinquono dopo aver espiata la prima condanna (art. 37 e 71): Ma nemmeno l'azione pel primo misfatto di costoro può esser mai da alcuna cagione ravvivata; e perciò nemmen di essi parla l'art. 44. - Il terzo è di coloro che commettono il secondo misfatto nel tempo della espiazione della pena del primo. Costoro son diversi da' recidivi e non possono dirsi tali che in un senso improprio secondo gli art. 37 e 72. Ma esclusi i reiteratori ed i recidivi propriamente detti; o son costoro o è niuno il recidivo dell'art. 44. In quest' art. dunque la voce recidiva non è impiegata nel senso proprio. Il che se è così, non vi è ostacolo a credere che vi siano compresi anche i graziati prima della condanna, benchè non recidivi nel senso dell'art. 71, tanto più che in certo modo possono anche dirsi giudicati.

» Non è grazia, ma abolizione di legge quella che toglie un'azione dal numero de' reati: l'art. 44 però non parla di abolizione, ma di grazia. Or la grazia suppone due cose; 1. la legge penale esistente, e 2. il malefizio già commesso. Essa non è prescrizione, non è assoluzione. Libera dalla pena, ma presume il delinquente. Per lo che se ogni decisione di condanna è divisa in due parti, l'una di fatto, l'altra di dritto, la quistion di fatto sembra qui, quasi al pari che nelle condanne, risoluta contro del reo; e di ciò la massima che la grazia *quos liberat notat*.

» Al che vuolsi aggiungere che la ragion

della legge è comune così a' delinquenti che abbiano ottenuto la grazia innanzi di esser giudicati pe' primi misfatti, come per coloro che abbiano ottenuto la grazia dopo la condanna. Perciocchè il commettere successivamente più misfatti fa sempre supporre nel colpevole quella violenta determinazione al male che già va a formare in lui un abito effrenato a delinquere. Dissi già va a formare, per non entrare in disputa con Cujacio il quale non trova esatta e chiama iperbolica la espressione della *l.* 3. *C. Episcop. audient.* in cui la prima o seconda ricaduta è chiamata abito e consuetudine; mentre l'abito propriamente parlando non si presume mai per una o due sole ripetizioni dell'atto. Questa ricaduta però o ripetizione, che in ogni specie di reiteratori alfin degenera in abito, è in tutti ugualmente fomentata dalla lusinga della impunità; in altri cioè perchè non raggiunti ancora dalla giustizia la credono negligente o impotente a punirli; in altri per aver trovata a' lor falli troppo leggiera la pena; in altri in fine per avere sperimentata la facilità del perdono. Nel che è chiaro che le due ultime classi debbano essere riguardate con più severità della prima; poichè il semplice reiteratore non ha che il freno della sola comun sanzione; ma il reo condannato ed il reo graziato hanno obblighi infinitamente maggiori. Considerata però ben addentro la cosa, questi obblighi nel condannato e nel graziato a me sembrano non gran fatto diversi. Poichè il condannato si fa giuoco del gastigo il cui principal fine fu di emendarlo e correggerlo; e grandissima e perigliosa per tutta la società diviene la sua audacia quando abbatte l'ostacolo ch'ella stessa colla pena inflitta gli oppose, affidando alla di lui propria esperienza e al testimonio dei di lui sensi il documento più forte della sua vigilanza. *Indignus est humanitate, qui post damnationem commisit in legem.* Chi poi prima della condanna è graziato, oltre che fu avvertito del pericolo e guardò benchè lungi le conseguenze del reato, non dee tradire la clemenza e la fiducia del principe senza esporsi ad effetti tanto più gravi, quanto più reo fu il rivolgere sì alta ragione di emenda in più ardente incentivo a delinquere. Questo è il caso della indicata *l.* 3. *de Episcopali audientia*; e questo è della *l.* 28. *D. de poenis.* La sola vendetta è norma della pena nello stato della ignoranza e della barbarie. Ne' tempi della civiltà e della ragione *nemo prudens punit quia peccatum est; sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur.... Ne homini quidem nocebimus quia peccavit, sed ne peccet: nec unquam ad praeteritum, sed ad futurum poena refertur: non enim irascitur sed cavet.* Quindi è che se i barbari non accrescon la pena che a proporzion dell'offessa, le nazioni colte rendono questa misura subordinata al principale loro oggetto di prevenire il male avvenire, e perciò accrescon le pene in proporzione che si veggono inefficaci a tal fine.

» Or chi non conosce quanto sia salutare in ogni specie di graziato, che mentre va a commettere un nuovo misfatto si rialzi nel suo spirito la immagine o del pericolo del già abolito giudizio o della pena condonata e lo minacci come inesorabile e certa appendice di sua malvagità? Questo potrà forse raffreddare il calore della sua rea passione: questo potrà destargli un interesse che superando l'altro che lo sospinge al reato, lo respinga con ugual forza nelle vie dell'onore: questo può strappargli un omaggio benchè involontario alla sovrana clemenza, e col timore di tutti perderne i vantaggi, legarlo di nuovo all'ordine pubblico. Che se crede costui di poter altra volta sfuggire le conseguenze de' suoi criminosi disegni; se trascorre all'atto malvagio con tanto maggior impeto con quanto meno di forza agisce in lui l'apprensione della pena, ripiombi allora sul suo capo la spada della giustizia; annulli questa gli effetti di una mal locata clemenza; e disperdendo l'illusione e l'errore di criminose speranze, renda tutto il vigore alla legge, snervata già nel suo cuore da un'ingrata e temeraria lusinga.

» Se dunque il troppo zelo non mi vela il giudizio, sembra dimostrato che nel senso dell'art. 44 è sempre recidivo quando ricade nel reato così il graziato prima della condanna, come il graziato dopo di essa. Granito dunque sarebbe nel caso. Ma resta a

vedere se il reato da lui commesso possa tanto operare.

» Le stesse ragioni dette già per l'intelligenza della parola *recidiva* dimostrano chiaramente che la ricaduta debba essere in misfatti e non in delitti. Ed oltre a ciò, è da avvertirsi che l'art. 44 è nel codice de' misfatti; mentre la recidiva ed il ravvivamento de' delitti è particolarmente preveduto dall' art. 21 della legge de' 22 maggio la quale contiene il codice de' delitti. Si aggiunge che ciò viene anche diffinito dalla circolare degli 11 ottobre 1809. Ma secondo ch' io credo se per l'applicazione dell' art. 56 del nuovo codice basta che il primo e secondo reato siano misfatti, di qualunque genere essi siano, non è poi sufficiente per l' applicazion dell'art. 44 del cod. de' 20 maggio che il secondo malefizio sia semplicemente misfatto: conviene che sia misfatto dello stesso genere.

» La corte speciale fissandosi alle ultime parole dell' art. - *recidiva sia nello stesso, sia in altro delitto*, ed alle ultime parole della circolare - *i delitti estinti dalla grazia non sono ravvivati dai nuovi, se non quando gli uni e gli altri sono di competenza della giustizia criminale*; credè di aver adempito al voto della legge quando trovò che l'omicidio di cui è imputato Granito, comechè colposo, debba sottostare al giudizio di alto criminale. Lo ha quindi giudicato adatto a ravvivare l'antecedente brigantaggio. Ma la corte non ha guardato in ciò le vere quistioni della causa. Io non nego che l' omicidio colposo, il quale per l' art. 309 del nuovo codice non sarebbe che delitto, pel codice de' 20 maggio è misfatto. Può però un misfatto colposo, ravvivare un misfatto doloso? La colpa, vale a dire l' imprudenza, la negligenza, la disaccortezza, contien essa quella specie di malvagità, quella reiterazione di atti perversi costitutivi dell'abito a delinquere, che dimostrammo esser la sola ragion sufficiente del ravvivamento de' misfatti? La sventura trarrà seco le stesse conseguenze del più alto grado del dolo? - Dopo la quistione trattata già da noi se nel graziato prima della condanna possa darsi recidiva, questa era l'altra in cui consisteva la causa. Entrambe possono considerarsi indipendenti dalla indicata circolare; ma niuna di esse è stata discussa dalla corte.

» Che anzi ov'ella avesse con più profondità esaminata la stessa circolare, la seconda quistione non le sarebbe sfuggita. Se il legislatore ha fissato per base, che la recidiva s'intenda di un delitto della medesima natura, e che per ravvivare un delitto antico vi ne abbisogui un nuovo che dia luogo ad azione simile o uguale; e se dopo di ciò ha conchiuso in generale, che i delitti di alto criminale ravvivano i delitti di alto criminale, che i correzionali ravvivano i correzionali, sì che non mai quelli sono ravvivati da questi; chi non vede in ciò che tali proposizioni non possono intendersi se non si stabilisca che il nuovo misfatto debba essere della natura stessa dell' antico, o almeno tale che produca un' azione uguale alla prima?

,, Questa corte suprema nelle cause di CarloMaria Lancellotti, di Francesco Paolo Tocci, di Michele Caruso, di Giuseppe Troccoli, di Carmela Craco e di altri ha fissato, dietro conclusioni del ministero pubblico, che l' omicidio colposo non possa ricevere una pena maggiore della detenzion criminale. Or chi può immaginare, che l'essere incorso nella minima delle pene criminali non per volontà, ma per sola mancanza di avvedimento, faccia cadere l'uomo nella pena capitale?

,, Si aggiugne che l' ultimo indulto de' 18 aprile nel parlare anch' esso del ravvivamento in quistione, si esprime nei termini seguenti: » Un nuovo delitto dello stesso genere di quello che venga a perdonarsi in virtù del presente indulto, farà rivivere l'antico. In caso di delitto di genere diverso, il recidivo sarà punito col massimo della pena prefissa all' ultimo delitto (art. 7). » Qual fonte di migliore interpetrazione di una legge, quanto un' altra fatta per caso simile dal legislatore medesimo?

» Sembra dunque che la causa presente dia luogo a fissare la intelligenza dell' art. 44 nel seguente modo. - La prescrizione, l' assoluzione, la espiazion della pena estinguono irrevocabilmente l'azion penale, quasi al pari della morte del reo. La grazia però più

l'arresta che non la estingue. Il malefizio graziato torna a' suoi effetti legali tosto che si ricade in un altro malefizio: nè importa che il primo sia stato graziato innanzi o dopo la condanna. Solo è necessario 1. che l'azione penale non ne sia prescritta, e 2. che il secondo malefizio sia dello stesso genere del primo, o che almeno dia luogo ad azion penale identica o di pari effetto: non mai un delitto può ravvivare un misfatto doloso. - Per quest' ultima ragione il minist. pub. domanda la cassazione della decisione in esame ed il rinvio della causa alla corte ordinaria, perchè giudichi Granito pel solo omicidio.

» La corte di cassazione ec. ec. facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

,, Atteso che nella stessa decisione la corte speciale ha stabilito per fatto, che l'incolpato nel dì 21 gennaro dell'anno corrente commise un omicidio benchè colposo, per cui ha creduto essersi ravvivato il misfatto di brigantaggio:

,, Atteso che la legge ha distinta sempre la colpa dal dolo, tal che secondo il dritto romano la colpa lata neppur si uguaglia al dolo; e colui che commette l'omicidio, se non lo commette con animo di uccidere, può essere assoluto:

,, Atteso che nel sistema dell'attuale nostra legislazione l'art. 173 prescrive che l'omicidio colposo, secondo le circostanze del fatto, può ricevere anche la sola pena soddisfattoria del bando dal regno; che poi per disposizione dell'art. 55 della legge penale può anche togliersi col perdono della parte offesa:

,, Atteso che è un assurdo e logico e legale che un delitto colposo, vale a dire seguito senza volontà del reo, e talvolta anche scevro di pena, possa ravvivare un delitto doloso meritevole della pena capitale:

» Atteso che la lettera ministeriale dichiarativa dell'art. 44 della legge penale (nella quale per altro si stabiliscono questi stessi indubitati principii) non sembra applicabile al caso, avendo per oggetto i soli delitti dolosi, cioè commessi con volontà determinata, i quali manifestano di non essere estinto nel cuore del reo l'animo perverso di delinquere; e non può estendersi ai delitti seguiti per colpa e contro la intenzione nel delinquente.

» Cassa la decisione della corte speciale di Principiato citra de' 14 aprile del corrente anno 1812 con cui si dichiarò competente nella causa di Michelangelo Granito; e rinvia la causa e l'imputato alla corte criminale della stessa provincia perchè lo giudichi del solo omicidio. »

D'altronde un reato antico amministrativamente amnistiato prima della pubblicazione delle nuove leggi penali può riavvivarsi con un reato posteriore? Riteniamo per la negativa le teorie consagrate dall'abolita nostra corte di cassazione con decisione de' 16 luglio 1814.

» *Fatto.* Angelo Sorretino di Mendicino reo di gravi misfatti di competenza speciale fu nel fine del 1806 amministrativamente amnistiato. Dopo l'amnistia fu imputato di due omicidii commessi l'uno nel 1807, l'altro nel 1809, entrambi di competenza ordinaria. Nel 1810 si presentò innanzi al comandante militare della provincia: fu da lui aggregato nella civica.

,, La corte speciale di Calabria-citra sostenendo che l'atto del comandante nel 1810 non era nè poteva essere amnistia, riputò che i misfatti del 1807 e 1809 ravvivano i misfatti del 1806 a' termini dell'art. 44 del codice penale, e con decisione di giugno 1812 si dichiarò competente a pronunziar giudizio per gli uni e per gli altri.

,, Ricorso.

,, *Mezzi di cassazione* - 1. Non può dirsi ravvivato l'antico misfatto di brigantaggio, se non costi nelle forme il misfatto posteriore. Il giudice di quest'ultimo è il giudice ordinario. Per lo che dopo che questo avrà profferita la sua decisione dichiarativa della sussistenza della reità, allora soltanto potrà la corte speciale conoscere del brigantaggio. - 2. Ancorchè sussistesse la imputazione de'due posteriori omicidii, essa è coverta da una seconda amnistia - 3. Nel novello codice penale il ravvivamento di antichi reati per qualunque causa è un nome ignoto. L'articolo 44 del codice antico è abolito nell'atto in in cui si discute il ricorso. Non può dunque

dalla corte di cassazione prescriversene l'adempimento.

,, Udito il rapporto del cavalier Fortunato commessario: inteso il regio procurator generale cavalier Poerio:

» La corte di cassazione ec. ec.

» Sul primo mezzo.

» Visto l'art. 2. del decreto de' 7 luglio 1814 concepito ne' termini seguenti: » coloro che dopo di aver ottenuto prima del giudizio un perdono per effetto di un' amnistia, di un salvocondotto, guidato, presentazione o in qualunque altro modo, incorreranno in nuovi misfatti, ravviveranno i misfatti estinti col perdono. »

» Questo e i seguenti art. del decreto medesimo sciolgono la quistione in termini così chiari, che non lasciano campo ad alcun dubbio. Pel brigantaggio non ha avuto luogo condanna. È perciò che tanto per quello, quanto pei posteriori misfatti d'indole comune, è competente il giudice speciale. Non è da attendersi la opposizione che vorrebbe desumersi dall'epoca di cotesta disposizione posteriore ai due omicidii. La contesa è di procedura, non di pena. È canone già stabilito, che la legge in oggetti di rito colpisca la causa nello stato in cui la trova. Non vi è quistione di retroattività. - Questo mezzo è rigettato.

» Sul secondo mezzo.

» Osserva la corte suprema, che la seconda pretesa amnistia non è già relativa al brigantaggio, ma a reati comuni. Con quella vorrebbe covrirsi la pena segnata dalle leggi pei due omicidii. L' amnistia non è che una eccezione. Il giudice della eccezione non è che il giudice dell' azione. Or appartenendo la conoscenza de' due omicidii alla corte criminale, chiaro risulta che alla stessa appartenga benanche il decidere sull' amnistia che riguarda tai delitti comuni. La pronunzia di ogni altro giudice non è che un atto illegale emanato senza giurisdizione.

» Sul terzo mezzo.

» Questo mezzo ha bisogno di sviluppo. La corte suprema mette la sua attenzione sul recente decreto de' 7 luglio 1814. Ivi è fissata la regola che i nuovi misfatti ne' quali incorreranno gli amnistiati, ravviveranno gli antichi estinti col perdono. Ma questa è disposizione tutta nuova, o semplicemente dichiarativa di altra legge esistente? È retroattiva, oppur la sua esecuzione incomincia dal momento della promulgazion legale?

» La quistione della retroattività è risoluta testualmente dall'art. 2. del codice civile. - La legge non dispone che per l' avvenire: essa non può aver effetto retroattivo.

» A sciogliere l' altra quistione, conviene analizzare i termini ond' è concepito il decreto. Nell' art. 1. si legge la seguente espressione. »» I condannati che dopo la condanna avranno ottenuto un perdono in consiglio privato, se incorreranno in nuovi reati saranno puniti come recidivi a' termini del codice penale. »» La parola *incorreranno* non riguarda che l' avvenire. Essa non offre che una disposizione novella, eseguibile pel tratto successivo. Essa non presenta alcuna idea di disposizione di una legge preesistente.

» Vede la corte suprema l' art. 2, i di cui termini uopo è di ripetere. »» Coloro che dopo di aver ottenuto prima del giudizio un perdono...... incorreranno in nuovi misfatti, ravviveranno i misfatti estinti col perdono. »» Riede qui lo stesso argomento. La parola *incorreranno* non riguarda che il tempo futuro. L' autorità della lingua non presenta alcuna idea, che faccia almen dubitare che siasi voluto spiegare o dichiarare alcuna legge anteriore.

» Riguardando il contesto intero del decreto, questo ha tutte le forme e tutti i caratteri di un decreto nuovo. Non contiene espressione di sorta alcuna onde avesse a credersi dichiarativo. Espressione che appositamente i legislatori sogliono adoperare quando è loro intenzione, che la disposizione recente non formi una legge nuova, ma solo una semplice dichiarazione dell' antica.

» Un altro argomento in sostegno di tale assunto si trae dall' art. 3 ch' è così scritto.

»» L' effetto del ravvivamento è di punirsi i colpevoli colla pena più grave tra quelle del misfatto ravvivato e quelle che il codice penale stabilisce al nuovo misfatto considerato come recidivo. »» Dispone dunque questo art., che nel caso di un misfatto ravvivato si faccia un paragone tra le pene che meri-

terebbero il novello, e l'antico; che il nuovo misfatto si consideri come recidivo; e che delle due pene si scelga la maggiore. È così vero che questa disposizione non è dichiarativa delle antecedenti, che forma essa una disposizion penale interamente nuova. Pel codice vigente non vi è luogo a recidiva, se non precede condanna pel primo misfatto. Per l' art. citato, il secondo misfatto si reputa come recidivo, quantunque pel primo non vi abbia condanna preesistente. Segue da tali premesse, che non possa affatto questo articolo che contiene una sanzione tutta nuova ed essenzialmente diversa dalle regole di recidiva segnate nel vegliante codice, reputarsi come dichiarativo.

» Per tali considerazioni non potendo al caso in disame, che è di una data ben antica, applicarsi il citato decreto de' 7 luglio 1814, emerge che la quistione debba risolversi col codice in vigore. L'art. 56 fino al 58 fa un soggetto particolare de' primi e secondi misfatti; e marca il carattere di recidivo e ne fissa con proporzione le pene. Perchè il secondo misfatto possa considerarsi recidivo, esige essenzialmente che pel primo sia interceduta condanna. Ma pel brigantaggio in quistione non ha avuto luogo condanna alcuna. In conseguenza il secondo misfatto che è quello de' due omicidii, non può riputarsi come recidivo. Ma gli omicidii di cui si tratta sono d'indole tale, che non portano che alla ordinaria giurisdizione criminale. La corte criminale adunque debbe esserne il giudice.

» Si è fatta una opposizione. Qui non trattasi di recidiva; ma bensì di ravvivamento di un antico misfatto. Il novello codice però ha tenuto un particolare proposito de' primi e de' secondi misfatti; ha fissato i connotati della recidiva; ha espressamente stabilito le sanzioni penali. Esso non conosce ravvivamento di misfatti. In tutti gli articoli che formano il cap. 4 del libro 1, non vi è espressione alcuna che importi ravvivamento. In conseguenza volere a questo dar luogo, non sarebbe che immaginare un articolo nuovo dalla vegliante legge non conosciuto; e giudicare non sulle basi immote della legge, ma su di arbitrarie illazioni.

» Si fa una seconda opposizione. Il novello codice non parla di ravvivamento. Convien dunque continuare ad osservar nel proposito ciò che trovasi dalle precedenti leggi disposto; e la precedente legge penale nell' art. 44 stabilisce in termini positivi, che il delitto estinto dalla grazia del principe, si ravviva dalla recidiva. - La corte suprema però osserva che il caso in contesa non è di recidiva, dacchè manca una condanna preesistente. Mancando questo carattere essenziale, non può darsi luogo a ravvivamento. - Osserva di più che l' art. 484 del vegliante codice allora vuole che si eseguano le antiche disposizioni, quando la materia non è stata da esso regolata. Ma già si dimostrò che la materia de' primi e secondi misfatti è stata appositamente trattata nel codice novello. Si dimostrò quali sieno gli effetti di un secondo misfatto. Si disse che tra gli effetti non è noverato affatto il ravvivamento del primo misfatto, ma bensì una punizione più rigorosa del secondo. Attribuire alla legge un effetto che essa non prescrive e che non è conforme al suo spirito, non è certamente permesso. Stima in conseguenza la corte suprema, che l' art. 44 del vecchio codice non abbia luogo, o si consideri ne' suoi termini, o come abolito dal codice in vigore. Se non vi ha recidiva, se non vi ha ravvivamento, il misfatto dei due omicidii resta singolare, nè può riattaccarsi agli antichi. I caratteri non ne sono che ordinarii. Il giudice in conseguenza non debba essere che l' ordinario, val dire il giudice criminale.

» Per queste ragioni la corte di cassazione cassa la decisione resa dalla corte speciale di Calabria citeriore, ed ordina che pe' due omicidii in quistione e per tutte le eccezioni che ne emergono proceda come di dritto la corte della stessa provincia. »

» §. 6. Qualunque disposizione sovrana
» che cancella un' azione dalla classe de' rea-
» ti e ne abolisce per regola generale la pe-
» na, toglie di dritto tutti gli effetti del
» procedimento e della condanna: e chi n'è
» favorito, benchè in seguito commetta un
» reato, non sarà riputato nè recidivo nè
» reiteratore. *Art.* 91. *Leg. pen.*

» REMISSIONE DEL DEBITO. §. 1.
» La volontaria restituzione al proprio debi-
» tore del titolo originale del credito sotto
» firma privata, fa pruova della liberazio-
» ne. *Art.* 1236. *Leg. civ.*

Questo modo di estinguere un debito vien da Paolo attribuito ad un tacito consenso dato all' oggetto.

» Etiam tacito consensu convenire intelligitur: et ideo si debitori meo reddiderim cautionem, videtur inter nos convenisse, ne peterem. *l.* 2. §. 2. *D. de pactis.*

» Bisogna dunque, dice Delvincourt, com' è evidente, che la remissione sia volontaria dalla parte del creditore perchè possa far prova della liberazione. Ma chi dovrà provare? Toccherà al debitore il provare che essa è stata volontaria, ovvero al creditore il provare che non l'è stata? Siccome il delitto non si presume mai, così io sono di opinione che l' esistenza del titolo in mano del debitore forma una presunzione che rigetta sul creditore il peso di provare. Nè osta che ciò sembra obbligarlo a provare un fatto negativo; giacchè tutte le volte che un fatto negativo può provarsi con un fatto positivo, la prova n' è ammessibile; così provasi che alcuno non era in tal sito il tal giorno, alla tal ora, provando che allo stesso giorno, all' ora stessa egli stava nel tal altro sito. Or qui il creditore può provare ch'egli ha perduto il titolo o che gli è stato rubato o estorto, o che il debitore si è trovato per la sua situazione o per effetto di tale o tal altra circostanza in grado d' impadronirsene facilmente. *Delvincourt. Corso di cod. civ. vol.* 6, *nota* 345. *al tit.* 5.

» Menochio inoltre. *lib.* 3. *praesumpt.* 140 *n.* 21, al dir di Toullier, pensava con molti antichi dottori che malgrado il possesso del biglietto, il debitore dovea provare di averlo ricevuto dal creditore o da una persona per parte di quest' ultimo. Pothier n. 573 pensa al contrario che il possesso in cui è il debitore del biglietto faccia presumere che sia stato consegnato dal creditore, sia come quietanzato, sia come rimesso, a meno che il creditore non provi il contrario; per es. che il biglietto gli sia stato involato.

,, Questa opinione sembra preferibile, e più conforme a' nostri usi: quindi la consegna del biglietto costituisce la pruova della liberazione. È questa una presunzione legale, ed il possesso in cui è il debitore del biglietto fa presumere che sia stato consegnato dal creditore.

,, Ma il codice non ha voluto erigere in regola quest' ultima presunzione; imperocchè le circostanze possono farla cessare. Per es. se il debitore fosse un fattore, un commesso, o altro domestico a portata di facilmente impadronirsi del biglietto, i giudici potrebbero non credere bastantemente provata la remissione mercè il solo possesso in cui è il debitore, che dovrebbe allora soggiacere al peso della prova. Potrai dire altrettanto di quel vicino nella di cui casa il creditore sia stato costretto di porre in salvo le proprie carte in caso d' incendio. Finalmente il silenzio del codice intorno a questo punto lascia alla prudenza del giudice la cura di decidere se il solo possesso del biglietto basti per far presumere che sia stato volontariamente dal creditore consegnato al debitore. *Toullier. Corso di dritto civile. Tom.* 7. *n.* 324 *e* 325.

» §. 2. La tradizione volontaria della pri-
» ma copia autentica in forma esecutoria del-
» la scrittura di obbligo fa presumere la re-
» missione del debito, o il pagamento sen-
» za pregiudizio della pruova in contrario.
» *Art.* 1237. *Leg. civ.*

Osserva il tribuno Jaubert. » Se l'obbligo era stato contratto con un atto pubblico, la remissione volontaria della minuta farebbe presumere la liberazione senza pregiudizio della pruova contraria.

» Si comprende la ragione della differenza che la legge ha dovuto stabilire tra la restituzione del titolo originale sotto firma privata, e la restituzione di una semplice minuta che ha luogo di titolo, ma indipendentemente dalla quale l' obbligo può esistere.

» Un creditore il quale non intende nè dar quietanza nè rimettere il debito, non restituisce il titolo originale al suo debitore.

» Può al contrario accadere che un creditore il quale non è stato soddisfatto, e che intende di esserlo, restituisca la minuta al suo debitore; per esempio se vuole assicu-

rargli che non lo preseguiterà per le vie rigorose. Così il primo caso porta seco la pruova della liberazione, e nel secondo si presume soltanto.

» La pruova contraria, la quale non è riservata che in ciò che concerne la minuta, non può dunque essere proposta nel caso della restituzione del titolo originale.

» Nei due casi conviene che la restituzione sia stata volontaria. Il debitore è nell'obbligo di provarla tale. Egli non può essere soggetto ad alcuna pruova, perchè è reo: importarebbe dunque al creditore di provare che la remissione non è stata volontaria. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 60.

Maleville osserva su l'articolo uniforme del codice civile, che nel suo progetto egli tolse la parola *volontaria* nella consegna, ma che la sezione di legislazione adottò l'articolo come si legge. Quindi egli soggiunge:

» Or a me pare che in nessuna delle maniere di esporlo siasi posto mente al valore della parola *consegna* che annunzia essenzialmente la volontà di mettere in possesso il debitore della scrittura d'obbligo, cosicchè il dire *consegna volontaria* è un pleonasmo. Ed è chiaro certamente, che quando io rimetto e consegno al mio debitore la copia autentica della scrittura d'obbligo che io mi era procacciata per obbligarlo ad adempiere appunto a' suoi doveri, egli è da giudicarsi che io abbia voluto sciogliertlo da ogni vincolo d'obbligazione, nè vi sarà alcuno che il possa rivocare in dubbio. Che s' egli mi ha rubato la mia copia autentica della scrittura d'obbligo o s' io l' ho perduta, e che egli avendola ritrovata la ritenga presso di se, allora non è più vero, ch' io sia quegli che glie l' abbia rimessa?

» Convenia dire: il *trovarsi nelle mani del debitore la scrittura d' obbligo fa presumere o non fa presumere*.

» In sostanza nelle tre proposizioni non v' era un gran divario, e tutti s'accordavano nel pensare, che il sol ritrovarsi nelle mani del debitore la copia autentica della scrittura d' obbligo non faceva necessariamente presumere la remissione del credito, perchè egli potrebbe averla avuta in tutt' altra guisa, che in quella di una tradizione volontaria. Ognuno allegava Pothier che dice lo stesso al numero 573.

» Il solo punto stava in sapere, se spettava al creditore il provare ch'egli non aveva rimesso la copia autentica della scrittura d'obbligo al debitore, o se era questi in dovere di provare, che il creditore aveagli fatta la consegna della medesima.

» Dicevano alcuni, che il ritrovarsi nelle mani del debitore la copia autentica della scrittura d' obbligo non estingueva l' obbligazione, perchè la minuta ne conservava la prova e poteva il creditore nel caso d'uno smarrimento procacciarsi una seconda copia. Che per conseguenza la sola consegna di questa copia autentica fatta dal creditore poteva far nascere la presunzione dell' estinzione dell' obbligazione, e che spettava al debitore il provare questo fatto in che consisteva soltanto la sua difesa, *reus in excipiendo fit actor*.

» Opponevano gli altri, che la copia autentica era una seconda minuta della scrittura d' obbligo, e che se il creditore venivala a perdere, egli non poteva procacciarsi un' altra senza la permissione del giudice; che il ritrovarsi questa nelle mani del debitore dovea far presumere la liberazione, quando il creditore non provasse, che gli fosse stata involata; la qual cosa medesima essendo un delitto non poteva neppure ammettersi senza prova dalla parte di colui che veniva a denunciarlo.

» Da ambe le parte si allegava la difficoltà, e talvolta ancora la impossibilità delle prove, e si rammentavano eziandio i litigj che queste prove varie nell' opinione de' giudici potrebbero cagionare. Fu forza nulladimeno convenire, che è d' ordinario più facile al creditore il provare un accidente, per cui egli abbia smarrita la copia autentica, di quello che sia al debitore il convincere il giudice che il creditore glie l'abbia data egli medesimo. Una tale riflessione congiunta al favore, con cui si debbe riguardare la liberazione, fece pendere la bilancia in vantaggio del debitore. *Maleville. Osservazione all' articolo* 1283.

» §. 3. La tradizione della scrittura origi-
» nale sotto firma privata, o della copia
» suddetta ad uno dei debitori solidali, pro-

» duce lo stesso effetto a vantaggio degli al-
» tri debitori. *Art.* 1238. *Leg. civ.*

Così Ulpiano.

» Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur, sed et ii qui secum obligantur. Nam cum ex duobus pluribus ejusdem obligationis partibus uni accepto fertur, caeteri quoque liberantur, non quoniam ipsi accepto latum sit, sed quoniam velut solvisse (*solutione unius caeteri liberantur*) videatur is qui acceptilatione solutus est. *l.* 16. *D. de acceptilationibus.*

Casus. Titius, Maevius, et Sejus promiserunt mihi centum aureos, ego acceptum fero Titio, certe alii etiam liberantur non ea ratione, quod ipsis etiam sit accepto latum; sed quia ille cui acceptum tuli, videtur mihi solvisse pro se, et pro aliis. *Accurs.*

» §. 4. La remissione o liberazione con-
» venzionale a pro di uno de' condebitori
» solidali libera tutti gli altri, purchè contro
» di costoro il creditore non abbia espressa-
» mente riservato i suoi dritti.

» In questo ultimo caso non può ripetere
» il credito, se non fatta deduzione della
» parte di colui al quale ha fatto la remis-
» sione. *Art.* 1239. *Leg. civ.*

» Questo articolo, osserva Toullier, esige che il creditore che fa la remissione riservi *espressamente* i suoi dritti verso gli altri debitori: ma questa espressione non va portata sino al rigore. Per es. se il creditore avesse fatta remissione ad uno dei debitori solidali della sua porzione nell' obbligo, questa espressione conterrebbe una sufficiente riserva de' suoi dritti avverso gli altri debitori; imperciocchè nel limitare determinatamente la remissione alla porzione di uno dei debitori, egli assai chiaramente riserva avverso gli altri i suoi dritti. *Qui dicit de uno negat de altero.* Così giusta l' articolo 1210 (1163.) il creditore nel liberare dalla solidità uno de' creditori la conserva avverso gli altri. *Toullier. Corso di dritto civile tomo 7. n.* 329. *in fin.*

chCosa si dee intendere della parola *parte* nee nel senso del medesimo articolo convieril farsi la deduzione? Forse la porzione vi- e o quella per la quale il debitore ha interesse nel debito? Delvincourt dice che » la cosa è ben diversa; essendo possibile, che l' affare non riguardi che uno degli obbligati; ed allora la sua parte nell' interesse è tutto il debito. Ma sulle prime, perchè la quistione abbia luogo, bisogna supporre che il creditore è istruito che la parte civile del debitore, cui fa la remissione, è diversa da quella ch' egli ha nell' interesse; giacchè altrimenti è fuor di dubbio che bisognerebbe intendere la porzione virile. Ma supposto che gli sia nota siffatta differenza, io giudico doversi intendere la sua parte nell' interesse. In effetti abbiamo precedentemente veduto che in generale l' estinzione del debito riguardo ad uno de' contebitori, libera egualmente tutti gli altri: tranne però il caso in cui il creditore ha dichiarato che intendeva liberare solamente colui al quale ha fatto la remissione. Ma d' altra parte bisogna che questa liberazione abbia il suo effetto, e nel tempo stesso che non pregiudichi agli altri debitori: ora se per la *parte* s' intendesse sempre la porzione virile, potrebbe risultarne, o che il debitore cui la remissione è stata fatta, non fosse liberato, o che questa remissione pregiudicherebbe agli altri condebitori. Supponiamo in effetti che il debito di cui si tratta non riguarda che l' interesse di un solo debitore; in questo caso gli altri condebitori sono riguardati come suoi fidejussori a tenore dell' articolo 1216; e quello fra essi che ha pagato il debito può convenirlo per la totalità. Se ora supponiamo che sia precisamente il debitore, solo interessato nel debito, cui la remissione è stata fatta, cosa accaderà nella ipotesi che la parola *parte* dovesse intendersi di una quota virile? La conseguenza sarà che se vi sono, per esempio, soltanto quattro debitori, il creditore potrà domandare a quello dei tre altri ch' ei vorrà scegliere i tre quarti del debito; questo pagamento fatto una volta, o si accorderà al debitore che avrà pagato il suo regresso per la totalità di ciò che ha pagato contra colui al quale fu fatta la remissione, a norma dell' articolo 1216, e si troverà allora che quest' ultimo non sarà liberato; ovvero se gli ricuserà questo medesimo regresso, ed allora la remissione gli pregiudicherebbe. Dunque per conciliare il dritto dei

condebitori con l'effetto, che debbe avere la liberazione del debitore sciolto dal debito, bisogna intendere la voce *parte* come se si dicesse *interessi*; d'onde seguirà che se il debito non riguardava che il debitore liberato, gli altri sarebbero liberati interamente.

» Si obietta avverso questa decisione, che il creditore riserbandosi i suoi dritti contra gli altri condebitori, fa sufficientemente conoscere che non intende accordare la remissione se non per la parte virile del debitore liberato. Ma si può rispondere che sia di questo caso come di quello in cui l'erede il quale fa un atto, che necessariamente induce l'accettazione, dichiari non pertanto che non intende accettare. Egli non è meno considerato come accettante, poichè qualunque dichiarazione o protesta contraria alla natura di un atto è necessariamente nulla. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 6. *nota* 354. *al tit.* 5.

» §. 5. La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito. *Art.* 1240. *Leg. civ.*

Corrisponde alla massima di Modestino.

» Postquam pignus vero debitori reddatur, si pecunia soluta non fuerit, debitum posse peti dubium non est; nisi specialiter contrarium actum esse probetur. *l.* 3. *D. de pactis.*

» §. 6. La remissione o liberazione convenzionale accordata al debitor principale libera i fidejussori: quella accordata al fidejussore non libera il debitor principale: quella accordata ad uno dei fidejussori non libera gli altri. *Art.* 1241. *Leg. civ.*

L'imperatore Antonino dà l'esempio della novazione, che in estinguere il primo debito scioglie nell'atto stesso i fidejussori, che vi erano obbligati.

» Novatione legitime perfecta, debiti in alium translati, prioris contractus fidejussores, vel mandatores liberatos esse non ambigitur, si modo in sequenti se non obligaverunt. *l.* 4. *Cod. de fidejus. et mandat.*

Casus. Habebam debitorem in decem, et fidejussores, animo novandi stipulatus sum decem ei a Titio, an fidejussores sint liberati quaeritur? et dicitur quod sic, nisi in consequenti contractu obbligaverint se. *Vivianus.*

» La liberazione accordata al debitor principale, ci fa osservare Pothier, trae seco quella de' suoi fidejussori: la ragione è che il debitore sarebbe inutilmente liberato qualora i fidejussori non lo fossero; giacchè essendo questi obbligati a pagare, avrebbero poi il regresso contro di lui: d'altronde non vi può essere fidejussore senza un debitor principale. Questa regola soffre però una eccezione riguardo al contratto con cui un debitore fallito ottiene da suoi creditori una riduzione al suo debito.

» All'opposto la liberazione accordata al fidejussore non libera il debitor principale; perchè l'obbligazione del fidejussore dipende da quella del debitor principale, ma quella del debitor principale non dipende da quella del fidejussore. Non può esservi fidejussore senza un debitor principale, ma può esservi un debitor principale senza fidejussore.

» La liberazione personale accordata ad un fidejussore non libera i suoi confidejussori *l.* 23. *D. de pactis. l.* 15. §. 1. *D. de fidejus.* Se però i confidejussori han potuto calcolare sul regresso che avrebbero avuto, pagando, contra il fidejussore liberato del creditore per aver contrattata la fidejussione unitamente o dopo di esso, allora l'equità vuole che la liberazione a questo accordata liberi egualmente loro stessi in quanto alla quota per cui avrebbero avuto il regresso contra questo fidejussore qualora non fosse stato liberato. Il creditore colla liberazione accordata a questo fidejussore, non avendo potuto loro pregiudicare, privandoli così del regresso, essi possono opporre al creditore per questa quota la eccezione *cedendarum actionum.*

» Questa decisione che la liberazione accordata al fidejussore non libera nè il debitore principale, nè i confidejussori, ha luogo quando anche il creditore avesse ricevuto dal fidejussore una somma di denaro per liberarlo dalla sua obbligazione. Il debitor principale non è perciò liberato; perchè questa somma non si è data in pagamento ed a conto di deduzione del debito, ma piuttosto

in prezzo della liberazione dalla fidejussione. *Pothier. Trat. delle obbligaz. vol.* 3. *n.* 581.

» §. 7. Ciò che il creditore ha ricevuto
» da un fidejussore per liberarlo dalla cau-
» zione, dee imputarsi nel debito, e por-
» tarsi in discarico del debitor principale, e
» degli altri fidejussori. *Art.* 1242. *Leg. civ.*

» Si trattò in prima di sapere » osserva Maleville » se il creditore poteva sciogliere una delle cauzioni senza sciogliere parimenti tutte le altre. Chi sosteneva di no, diceva, che sciogliendo una sola cauzione il creditore veniva a riportare sopra le altre tutto il peso dell'obbligo comune, e che la solidalità non era stata stabilita, se non perchè tutti i fidejussori avessero a dividere in comune il peso medesimo. Chi portava diversa opinione, affermava, che tutte le cauzioni non erano fra di loro solidali, e che si richiedeva a tale effetto una convenzione espressa, la quale sarebbe allora regolata colle sue proprie clausole.

» Il consiglio determinò che un creditore avesse il dritto di scegliere una delle cauzioni, allorchè fossero solidali tra loro.

» E senza dubbio il creditore non può, accordando la liberazione di una cauzione, distruggere gl'impegni, che i fidejussori avessero formati tra di loro; ma nulla vieta, che relativamente a lui solo egli non possa rinunciare alla facoltà di agire contro uno de'fidejussori in quello stesso modo che starebbe in suo arbitrio il farlo verso uno de'debitori solidali senza alterar punto le ragioni reciproche, che questi debitori potessero esercitare l'uno contro dell'altro. Vedi l'articolo 1210 (1163).

» In appresso esaminossi, se ciò che il creditore riceve da un fidejussore per liberarsi dalla garantia dovesse tornare in profitto del creditore od essere imputato sul debito.

» Chi era di avviso, che il creditore dovesse avvantaggiarsene, diceva, che questi col liberare uno de'fidejussori veniva a diminuire la sicurezza sua di essere pagato, e che quando era naturale che fosse compensato di questa diminuzione, che d'ordinario la garantia non si offre che per poter partecipare del beneficio del debitore; e che finalmente il solo creditore merita la protezione della legge.

» Chi portava contraria opinione diceva invece, che la garentia è da se un officio gratuito, e che le leggi non possono ravvisarlo, che sotto a tale aspetto; che il menomo favore quindi che si possa accordare alle garantie gli è il far cadere in vantaggio loro un rimborso parziale che diminuisce realmente il debito, e che l'oggetto del creditore, accettando una cauzione, gli è di assicurare il suo credito, onde col ricevere qualunque somma egli viene a conseguire il suo intento.

» Il favore, che si vuol compartire alla liberazione più che il rigor de'principj fece adottare quest'ultima opinione. Veggasi una questione analoga a questa in Pothier num. 582. *Maleville. Osservazione all'articolo* 1288.

RENDITA COSTITUITA Vedi *Mutuo* §. 18.

» RENDITA VITALIZIA. §. 1. La ren-
» dita vitalizia può essere costituita a titolo
» oneroso per mezzo di una somma di de-
» naro, o per una cosa mobile valutabile,
» o per un immobile. *Art.* 1840, *Leg. civ.*

» Questo contratto di rendita vitalizia (dice il tribuno Duveyrier) presenta ne'suoi motivi, nelle sue combinazioni, e ne'suoi effetti, dei contrasti così bizzarri, e delle opposizioni così estreme, che non si sa a sufficienza se gli si debba maggiore interesse o indignazione.

» Quando non è beneficio sensibile, una liberalità generosa, non può essere che un calcolo odioso di avarizia e cupidigia, il freddo consigliere dell'egoismo, il compagno solitario della misantropia, il nemico di ogni affezione sociale, ed il desolatore delle famiglie.

» Quando la sua unica destinazione non è di assicurare e prolungare l'esistenza, si stabilisce solo sulla distruzione e la morte.

» Ma non è egli ancora l'atto il più sensibile di beneficenza, il mezzo ingegnoso da moltiplicar l'oro caritatevole e nutritivo, l'ultima e consolante risorsa dell'infortunio e della vecchiaja?

» E come non dare il più favorevole appoggio, la protezione la più propizia all'indigente, all'infermo, al vecchio che stabiliscono il di loro unico mezzo di esistere sulla fragilità in testa della di loro esistenza, e che vendono per vivere l'ultimo momento della di loro vita?

» La legge seguir dovea questo contratto ne' suoi confini così stranamente opposti, per costringere e porre in soggezione le sue vergognose combinazioni, per ajutare e sostenere le sue benefiche conseguenze.

» Osservarete ancora con piacere che tutto il favore della legge è per colui dei contraenti che stipula per lo comodo e la prolungazione della vita, tutta la sua severità per colui che carezza la speranza, e calcola la prossimità della morte.

» Si può acquistare la rendita vitalizia dando una somma di denaro, uno stabile, anche un mobile, il di cui prezzo sarà determinato; ed in questo caso la costituzione è a titolo oneroso, meno favorevole senza dubbio a colui che costituisce la rendita, che a colui per lo quale è costituita.

» L'uso il più ordinario è che la rendita vitalizia sia costituita sulla persona di colui che l'acquista, e che ne paga il prezzo. È la conseguenza naturale del suo oggetto, di essere attaccata alla vita che è incaricata di sostenere. *Esposizione de' motivi sul codice civile n.* 88.

Riguardo alla rendita vitalizia, l'effetto della indivisibilità dell'ipoteca fa da Persil discutere il caso se dà essa al creditore della rendita il dritto di farsi collocare tante volte quanti sono gl'immobili diversi ipotecati al suo pagamento.

» Per l'affermativa » ei dice » può sostenersi che il creditore della rendita non ha assentito all'alienazione del suo capitale, che per la garantia che gli dava il suo debitore, Restringere in seguito il suo pegno al valore di un solo stabile è lo stesso che tradire la sua confidenza, ed esporlo a perdere la sua rendita.

» Per la negativa al contrario si risponde, che la collocazione accordata al proprietario della rendita sul valore di un immobile equivale, se trovasi esso in utile classificazione, ad un vero pagamento: il debitore originario è sottratto da ogni obbligazione, e l'aquirente è sostituito in suo luogo: per conseguenza svaniscono le altre obbligazioni accessorie annesse alla prima obbligazione.

» Se fosse altrimenti, il proprietario della rendita sarebbe collocato altrettante volte quanti sono gl'immobili diversi: altrittanti capitali sarebbero paralizzati; e ciò a pregiudizio degli altri creditori, i quali non avendo potuto risguardare come inscritti prima di essi, che il solo capitale necessario alla rendita han dovuto necessariamente contare sul dippù.

» In questo modo ha giudicato la corte di Parigi con sentenza de' 31 luglio 1813 così concepito:

» Considerando che la collocazione nelle prime graduazioni ha renduta speciale, riguardo alla massa de' creditori, la ipoteca generale di Bouchy sino alla concorrenza delle somme collocate; dacchè risulta, che il detto Bouchy non ha più ipoteca sull'immobile, il cui valore è da distribuirsi in un'ultima graduazione, se non che pel restante del suo credito non utilmente collocato .... che altrimenti egli si troverebbe collocato una seconda volta per la totalità del credito: ciò che farebbe un doppio impiego che ritornerebbe in pregiudizio degli altri creditori. *Persil. Questioni sopra i privilegj e le ipoteche tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 1. §. 3.

» §. 2. Può altresì essere costituita a ti-
» tolo semplicemente gratuito per donazione
» tra vivi o per testamento: dee in tal caso
» essere rivestita delle forme prescritte dalla
» legge. *Art.* 1841. *Leg. civ.*

Per le forme nel soggetto caso debbono intendersi quelle che corrispondono alla scrittura di cui si fa uso; cioè quelle necessarie per la donazione, o pel testamento. Dee però osservarsi, che la rendita costituita in cotal modo, non riguarda, che quella permessa a favore di un terzo. *Vedi Donazione* §. 5.

» §. 3. Nel caso dell'articolo precedente
» la rendita vitalizia è soggetta a riduzione,
» se ecceda la quota di cui è permesso di
» disporre: è nulla se sia fatta a favore di
» persona incapace di ricevere. *Art.* 1842.
» *Leg. civ.*

Per la riduzione della rendita vitalizia quan-

do eccede la quota disponibile Vedi *Donazione* §. 9. *e* 12.

Per le persone incapaci Vedi *Donazione* §. 4. *num*. 4. 6. *e* 7.

» §. 4. La rendita vitalizia può costituir-
» si sia sulla vita di colui che somministra
» il denaro, sia sulla vita di un terzo che
» non ha dritto alla rendita. *Art*. 1843.
» *Leg. civ*.

» Essa può costituirsi sopra la vita di una
» o più persone. *Art*. 1844. *Idem*.

» Può costituirsi la rendita vitalizia, come ci fa osservare il tribuno Duveyrier, per goderne su di un'altra esistenza che si presume meno fragile, sulla persona di un terzo che non ha dritto alcuno alla rendita, che sovente ignora anche la convenzione, e gli presta così senza saperlo il numero incerto dei giorni che gli sono stati dati.

» Si può ancora costituire su di più persone, o per attribuirne successivamente il godimento alle persone sulle quali è costituita, o per conservarne il godimento a se stessa ed ai suoi eredi fino alla estinzione di tutte le persone che mantengono, e conservano la sua durata. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n*. 88.

» §. 5. Può costituirsi a vantaggio di un
» terzo benchè un'altro ne abbia sommini-
» strato il prezzo.

» In questo ultimo caso, quantunque es-
» sa abbia il carattere di una liberalità, non
» è però soggetta alle formalità richieste per
» le donazioni: eccettuati i casi di riduzio-
» ne e di nullità espressi nell'articolo 1842
» (§. 3:). *Art*. 1845. *Leg. civ*.

È essenziale di rimarcare, osserva il tribuno Simeon, che la disposizione contenuta nel presente articolo non è in contraddizione con quella dell'articolo 1969 (1841) il quale soggetta la rendita vitalizia a titolo gratuito alle forme delle donazioni o dei legati.

» Si tratta nell'articolo 1969 (1841.) di una rendita che si crea su di se o dei suoi eredi a pro di qualcheduno che non la compra: Gli si fa donazione o legato di una rendita vitalizia e ricorrer conviene alle formalità delle donazioni o dei legati, poichè non vi è altro contratto che una liberalità.

» Al contrario nel caso dell'articolo 1973 (1845) la liberalità non è che accessoria ad un'altro contratto, cioè alla compra che si fa della rendita in vantaggio di un terzo. Interviene una vera rendita tra il locatore del fondo, e colui che si obbliga alla rendita. Si giudicherà dunque il contratto colle regole della rendita e non con quelle delle donazioni. *Esposiz. dei motivi del cod. civ. n*. 87.

» §. 6. Ogni contratto di rendita vitalizia
» costituita sopra la vita di una persona che
» nel tempo del contratto già fosse defunta,
» non produce alcun effetto. *Art*. 1846. *Leg.*
» *civ*.

Mancando la cagione del contratto nel momento in cui è questo stipulato, manca di necessità il contratto stesso. Tale è il caso della morte di colui su la vita del quale la rendita è costituita, avvenuta nel giorno stesso della stipula; sia che questa morte avvenga repentinamente, sia che avvenga per malattia sofferta.

» §. 7. Lo stesso ha luogo riguardo al con-
» tratto con cui la rendita vitalizia fosse sta-
» ta stabilita sulla vita di persona affetta da
» malattia, per la quale sia morta entro ven-
» ti giorni dalla data del contratto. *Art*. 1847.
» *Leg. civ*.

La corte di appello di Grenoble con decisione de' 5 fruttidoro anno 12 ritenne le medesime disposizioni per la sopravvivenza di sei mesi della persona cui la rendita vitalizia fosse stata stabilita.

» *Fatto*. Eufrosina Jeune era stata restituita alla società in virtù della soppressione degli ordini religiosi.

» Il 16 termidoro, anno 3, suo fratello Féréol il minore muore, lasciando nella sua successione un fondo considerabile situato a Murianette.

» Eufrosina agisce da erede in conseguenza di una permissione del capo della Chiesa.

» Sulla fine dell'anno 6, essa cade ammalata.

» Era dessa ancora in questo stato, allorchè nel giorno 11 nevoso, anno 7, vendette il suo dominio di Murianiette al signor Berlioz.

» Il prezzo fu fissato a 100, 000 fr., di cui metà rimase a capitale perduto nelle ma-

ni dell'acquirente, contro il pagamento di una pensione vitalizia di 600 fr.

» Il 16 successivo messidoro ella cessa di vivere.

» E' a rimarcarsi che durante i detti ultimi sei mesi, il suo medico le aveva fatte 243 visite.

» I suoi eredi legittimi attaccano la vendita dell'11 nevoso, come infetta di dolo reale e personale, e come contenente una nullità in proporzione della incertezza dei motivi.

» 5. Germinale, anno 11, sentenza che dichiara li detti eredi mal fondati, e mantiene la vendita.

» Appellazione.

» Dibattimenti ed esame sopra lo stato e la capacità della venditrice, all'11 nevoso, anno 7.

» Da un canto, gli eredi Jeune producevano delle consulte dei dottori in medicina, attestanti che alla mentovata epoca essa era affetta da un'*idropisia in causa di filtrazione del parenchima pulmonare*, malattia mortale.

» Dall'altra parte, Berlioz ne presentava di quelle che decidevano al contrario, che allora ella non era attaccata che da un *asma convulsivo idiopatico*, malattia grave, ma non mortale.

» Dalla predetta discrepante opinione di dottori risultava una grandissima incertezza sul rischio che aveva a correre l'acquirente, constituendo una rendita vitalizia sulla testa dell'ammalata. Da ciò grande contrasto rispetto alla validità della rendita.

» Il signor Michal, avvocato degli eredi Jeune si esprimeva in tal modo.

» Esaminando la difesa del convenuto, si è dapprima sorpreso che avendo avuto luogo i fatti nell'anno 7, egli non ostante si fonda sopra delle leggi le quali non sono state promulgate che nell'anno 12.

» Ma lungi che gli appellanti temano l'applicazione di queste nuove leggi, essi al contrario pretendono che le medesime sieno loro favorevoli.

» In fatti si potrebbe pensare che il codice, il di cui scopo principale è stato di rigenerare la pubblica morale, avesse non ostante protetti siffatti barbari speculatori i quali, dopo di avere ingannati i moribondi, sotto delle fallaci apparenze di una falsa sicurezza, vengono poscia a contemplare l'immagine della morte sospesa sopra la testa delle loro vittime? I nostri legislatori avrebbero eglino assicurata l'impunità a questi uomini pericolosi, i quali, sotto il pretesto di un rischio a cui essi sapevano di non essere esposti, fanno costantemente dei voti omicidi, all'oggetto di veder precipitare nella tomba gl'infelici che essi hanno indotti in errore, senza temere di offendere la giustizia e la morale? Eglino avrebbero consegrata in massima, che un contratto vitalizio è *incontrastabile*, allorchè il moribondo, il quale venne spogliato artificiosamente, si è ancora difeso contro gli orrori ed i colpi della morte per venti giorni!.... No, il codice non consagra punto una tale ingiustizia; essa appartiene totalmente al convenuto.

,, Infatti, l'art. 1964 ponendo il principio fondamentale del contratto d'azzardo, porta che ,, è una convenzione reciproca, i di cui effetti .... dipendono da un avvenimento *incerto* ,,. Ora nulla vi era di dubbioso nella costituzione di rendita dell'11 nevoso, anno 7; niente, al contrario di più certo che la *prossima* morte di Eufrosina Jeune. Arrivata alla fine della vita, condannata dai medici i più celebri, essa azzardava, o piuttosto abbandonava tutto, mentrecchè Berlioz non arrischiava cosa veruna. Non vi era nè incertezza, nè pericolo; il contratto non era di azzardo che apparentemente.

,, D'altronde, in fatto, Eufrosina Jeune non aveva alcun bisogno. Minacciata da una vicina morte, qualsivoglia speculazione sopra de' suoi beni era ben lontana dal suo pensiero. Non fu che in forza di criminose manovre, in forza di dolo, di frode, di suggestione, e captazione, che Berlioz ha potuto spogliarla per tal modo della sua fortuna, e toglierla ai suoi eredi.

,, L'art. 1971, avendo particolarmente per oggetto la rendita vitalizia, dice che ,, può costituirsi *sulla vita di un terzo, che non ha diritto alla rendita* ,,; l'art. 1974, disponendo nel senso medesimo, porta ,, che ogni contratto di rendita vitalizia costituita sopra la vita di una persona che nel tempo del contratto già fosse defunta, non produ-

ce alcun effetto, art. 1975. Lo stesso ha luogo riguardo al contratto con cui la rendita vitalizia fosse stata stabilita sulla vita di persona infetta da malattia, per la quale sia morta entro venti giorni dalla data del contratto. ,,

,, Queste parole, *lo stesso ha luogo*, indicano abbastanza che tutte le predette disposizioni si legano e si applicano allo stesso caso. Ora, se l'art. 1974, parlando di una persona *morta* al tempo del contratto, non s'intende evidentemente che di una persona *assente*; non si può impedire dallo scorgere che il successivo articolo non si applica che al caso in cui la rendita è costituita sopra la testa di una persona *assente*, eccettocchè quella la quale ha contrattato.

,, Questo è anche quello che provano i motivi esposti dal signor consigliere di stato Portalis:

,,,, Noi abbiamo creduto, ei dice, dovere finalmente dichiarare la nullità del contratto, quando la rendita sia stata creata sopra la testa di una persona percossa dalla malattia, in forza della quale essa ha cessato di vivere, entro i venti giorni dalla data del contratto.... In fatti, egli è certo che se li contraenti avessero conosciuta la malattia della persona sopra la di cui testa eransi proposti di assegnare la rendita, non si sarebbe fatto l'acquisto, poichè una rendita vitalizia *creata sopra la testa di una persona moribonda*, non è di alcun valore.... ,,,,

,, Il signor Simeone diceva inoltre al tribunato ,,. Quegli sopra la di cui testa si costituisce la rendita, deve essere vivente al momento della costituzione; diversamente il contratto sarebbe nullo, poichè non vi sarebbe materia a *rischiare*; ed è appunto *il rischio e l'incertezza dell'avvenimento che forma l'essenza dei contratti di azzardo.* ,,

,, Se la preaccennata interpretazione presentasse alcuni dubbj in quanto all'applicazione della causa, il discorso del tribuno Duveyrier li dissiperebbe.

,,,, Rimarcherete del pari con piacere, diceva quest'oratore al corpo legislativo, che tutto il favore della legge è per quello che stipula per la comodità e la prolungazione della vita. Tutta la severità per quegli che spera e calcola la vicinanza della morte. ,,,,

,, Da ciò risulta in vero, che tutte le rendite create sopra la testa di persone moribonde, o rispetto alle quali non vi sono stati *rischi* a correre, sono nulle e senza effetto.

,, Diciamo dunque, che il codice non ha stabilito un nuovo diritto, che a riguardo delle *persone assenti*. Che però bisogna applicare gli antichi principj concernenti quelle che sono presenti, e che figurano nel contratto. Ciò posto, a termini della giurisprudenza universale, la costituzione di rendita dell'11 nevoso, anno 7, deve essere dichiarata nulla, per essere stata sottoscritta da una persona attaccata dalla malattia per cui essa ha cessato di vivere poco tempo dopo.

,, L'avvocato Pal rispondeva pel convenuto, che il codice civile è applicabile anche ai contratti *anteriori*, ogni volta che siffatta applicazione, come nel caso, non offende alcuna legge preesistente. È per tal modo che lo ha deciso il saggio Domat, e la corte d'appello di Parigi, mediante decisione riferita al num XCVI. del volume 3 della giurisprudenza del codice civile. Quindi, fino al presente, niuna legge avendo determinato il numero dei giorni, dopo il quale il contratto vitalizio diviene inattaccabile, bisogna ricorrere all'art. 1975 del codice, che lo ha fissato, e conchiudere che il lungo intervallo di sei mesi, il quale è decorso tral contratto di cui si tratta, e la morte di Eufrosina Jeune, non permette di eccitare il menomo dubbio sopra la sua validità.

,, Il confronto che hanno fatto gli appellanti degli art. 1971, 1974, e 1975, e la distinzione che essi ne hanno fatta risultare è destituita di fondamento. Essa è contraria al testo preciso degli articoli sui quali si appoggiano. *Similmente* la transizione sopra di cui è fondata l'eccezione che adducono, non connette punto l'art. 1975 colla distinzione dell'articolo precedente, il quale parla di una *persona morta nel giorno del contratto*, ma con queste ultime parole, *non produce più effetto* vale a dire che il contratto vitalizio stipulato entro i venti giorni antecedenti alla morte *non produce più effetto* di quello fatto sopra di una persona morta all'epoca del contratto.

,, Non si può interderlo diversamente; i discorsi medesimi, dei quali si è abusato, lo spiegano in questo senso: ,,,, Se la persona sopra la di cui vita si è costituita la rendita, al momento del contratto, è percossa da una malattia della quale essa è morta entro i venti giorni, il contratto è annullato come non avente una base sufficiente. ,,,, *Simeone al tribunato.* Cosa evvi di più chiaro di questo passo? Come trovarvi l'idea della proposta distinzione?

,, È vero che nel suo discorso, il signor Portalis si esprime in termini più generali; ma l'oratore non annuncia in alcun luogo, che esso non intendeva di parlare della malattia di uno dei contraenti presenti; egli al contrario spiega la nullità della rendita vitalizia (creata entro i venti giorni prima della morte), in forza dei principj generali e dei vizj delle convenzioni.

,, Diciamo dunque che l'art. 1975 non fa alcuna distinzione tra i presenti ed assenti, che esso abbraccia al contrario le une e le altre, e che vi è luogo a confermare la impugnata sentenza.

,, La corte,

,, Considerando....

,, Considerando che l'atto dell' 11 nevoso è un contratto di azzardo, contenente una convenzione reciproca, i di cui effetti, quanto ai vantaggi ed alle perdite per l'una e l'altra delle parti, dipendono da un avvenimento *incerto.*

,, Considerando che Eufrosina Jeune, ha sopravvivuto sei mesi alla vendita, che potendo prolungarsi assai più lungo tempo la sua esistenza, vi era in allora incertezza di avvenimento.

,, Considerando, che per la validità di un contratto di rendita vitalizia, il codice, *art.* 1975, non esige che la sopravvivenza per venti giorni della persona sopra la di cui testa è stata constituita la rendita.

,, Considerando infine, che non esiste alcuna prova che Berlioz abbia usato dolo, frode e suggestione verso Eufrosina Jeune, per determinarla alla vendita del fondo di cui si tratta.

,, Per questi motivi, la corte ha dichiarato e dichiara nulla l'appellazione. Ordina che quello da cui vi è appellazione sia eseguito, ec. ,,

» §. 8. La rendita vitalizia può costituir-
» si al ragione che piacerà alle parti di sta-
» bilire. *Art.* 1348. *Leg. civ.*

Questo articolo lascia alla libertà dei contraenti il costituire la rendita vitalizia; nondimeno volendo percorrere le disposizioni precedenti sul medesimo oggetto, vediamo che la Prammatica 2. *de censibus* di Filippo III. circoscrisse l'interesse su di cui doveva fissarsi questo contratto.

» Comandiamo che niuno da oggi innanzi possa dare per qualsiasi causa, o ricevere denari a vita più della ragione di quattordici per cento l'anno in questa Città, e regno *directe vel indirecte* per se o per altri, sotto pena a'contravventori, cioè a quelli che daranno i denari, di perderli, ed a quelli che li riceveranno di once cento. Ordiniamo di più, che niun notaro possa stipular contratto, nè altra sorta di scrittura, o cautela di denari a vita che ecceda il quattordici per cento l'anno, sotto pena di privazione di officio. *Pram.* 2. *de'* 31 *ott.* 1600 *de censibus. n.* 2.

Con rescritto de' 10 novembre 1744 Carlo III. determinò poi ai giudici la norma da tenersi su la rendita vitalizia considerata come contratto.

» Mi comanda S. M. dire a V. S. che il S. C. per li contratti vitalizj attenda la *Pram.* 2. *de censibus* e possa far uso di quel giusto, e prudente arbitrio, che possa muovere la mente, e la ragione di un retto giudice nel discifrare una tale materia, considerando tutte le circostanze, che possano riguardarsi, avendo mira alla qualità della cosa venduta, al pericolo, alla facile o difficile esazione, alla complessione, età, e salute del venditore, alla consuetudine presente del luogo, e dove il contratto si è stipulato, alla condizione de' contraenti, al vero motivo, e necessità che l'ha mosso a contrarre, come alla qualità de'corpi obbligati; per lo che qualunque volta che occorrerà decidere tali cause, si faccia, prima di pubblicare il decreto, relazione a S. M. *Palazzo* 10 *novem.* 1744 *Bernardo Tanucci.*

Degli effetti del contratto vitalizio fra le parti contraenti

» §. 9. Quegli a vantaggio del quale fu
» costituita una rendita vitalizia, mediante
» un prezzo, può chiedere lo scioglimento
» del contratto, se il costituente non gli som-
» ministri le cautele stipulate per la esecu-
» zione. *Art.* 1849. *Leg. civ.*

» Questa disposizione, dicono gli autori delle pandette francesi, non ha luogo, com' essa lo esprime, se non per la rendita vitalizia costituita mediante un prezzo. È evidente che se lo fosse stata gratuitamente, il creditore donatario nulla guadagnerebbe nella rescissione.

» Per altro si può applicare a quest' articolo ciò che riguarda le rendite perpetue.

» Fa d' uopo riflettere che la cauzione la quale ha acceduto alla costituzione di una rendita vitalizia non può costingere il debitore al riscatto o a procurargli la sua liberazione. La ragione è che la rendita vitalizia non può rimborsarsi, e che la cauzione la quale si è obbligata per una rendita di questa natura, ha necessariamente acconsentito a restare obbligata per tutta la sua durata.

» Si opporrà forse l' articolo 2032 (1904) il quale porta che la cauzione può a capo a dieci anni agire contro il debitore per ottenere la sua liberazione, quando la obbligazione principale non ha termine fisso di scadenza. Ma è certo che questa disposizione non può avere applicazione al caso di cui si tratta, giacchè la obbligazione principale ha un termine di scadenza ch' è la morte del creditore, e la cauzione ha acconsentito, obbligandosi, di non essere liberato che con questo avvenimento. *Osservaz. all' art.* 1978. *del cod. civ.*

» Si è chiesto » osserva inoltre Maleville» se il creditore che fa sciogliere il contratto, è obbligato a restituire tutto quello, che ha già ricevuto. Il tribunale di appello di Monpellier portava opinione, che doveva restituire l' eccedenza della tassa ordinaria dell' interesse. Quello di Caen dice di no: Io sono del primo avviso. Il vitalizio è il prezzo del capitale alienato. Se io non posso dare al mio venditore tutte le cautele, che gli ho promesse, e se egli in conseguenza ottiene la dissoluzione del contratto, perchè non avrà a restituirmi quello che gli ho per questo conto sborsato? Altra cosa sono i danni e gl' interessi, che avranno potuto risultare al venditore della mancanza della mia promessa. Di questi è giusto che sia risarcito, ritenendo sino all' istante del risarcimento ciò che mi dee restituire. *Maleville. Osservazione all' art.* 1977. *del cod. civ.*

,, §. 10. La sola mancanza del pagamen-
,, to delle annualità decorse non autorizza
,, colui in favor del quale è costituita la ren-
,, dita vitalizia, a chiedere il rimborso del
,, capitale, o a rientrare in possesso del fondo
,, alienato. Egli non ha che il dritto di far
,, sequestrare, e di far vendere i beni del
,, suo debitore, e d' instare perchè venga
,, ordinato, quando il debitore non vi ac-
,, consenta, che col prodotto della vendita
,, si faccia l' impiego di una somma bastante
,, per assicurare il pagamento delle annuali-
,, tà. *Art.* 1850. *Leg. civ.*

Osserva Maleville col signor Portalis, che se si procedesse altrimenti, nessun contratto sarebbe più valido. Non si dee chiederne la nullità quando non si ha che il dritto di chiederne l' esecuzione.

» Ma si trovò ragionevole da taluno, che le parti avessero almeno la facoltà di stipulare, che non pagandosi il vitalizio, il creditore ricupererebbe il suo capitale. Questa proposizione non fu oppugnata. Credo che l' articolo non vieti questa stipulazione. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1878 *del cod. civ.*

,, §. 11. Il costituente non può liberarsi
,, dal pagamento della rendita con offrire il
,, rimborso del capitale, e con rinunziare
,, alla ripetizione delle annualità pagate. Egli
,, è tenuto a corrispondere la rendita, du-
,, rante tutta la vita della persona o delle
,, persone, sopra la vita delle quali fu co-
,, stituita, qualunque sia la durata della vi-
,, ta di tali persone, e per quanto onerosa
,, abbia potuto divenire la prestazione della
,, rendita. *Art.* 1851. *Leg. civ.*

» Questa regola, osservano gli autori delle pandette francesi, è una conseguenza della natura di questa rendita. Essa non ha alcun capitale. Il prezzo ch' è stato pagato per

la sua creazione è intieramente perduto pel creditore della rendita. Egli non ne resta in alcun modo creditore, e non dee mai ritornargli. Il suo credito ha per oggetto unico le annualità che debbono correre durante la sua vita. Queste annualità solamente ha egli acquistato ed ha voluto acquistare. Il costituente non è debitore che delle sue annualità. Non dipende dunque da lui di cambiare la sua obbligazione, nè di pagare al creditore una cosa diversa da quella che gli deve.

» Ciò non ostante nel tempo della lettura di quest'articolo nel consiglio, un consigliere di stato ha domandato, perchè una rendita vitalizia non potrebbe rimborsarsi quando è stata costituita a denaro.

» Il senatore Tronchet ha risposto che ciò sarebbe distruggere il contratto nella sua essenza, perchè la intenzione del creditore è stata di assicurarsi irrevocabilmente la rendita.

» Lo stesso consigliere di stato ha insistito objettando che una tale proibizione di rimborso nuoce a' creditori del debitore nel caso di fallimento, al che Portalis ha replicato che il cambiamento accaduto nella fortuna del debitore, ed il fatto de' suoi creditori non possono cambiare il contratto precedentemente formato, e che dee sempre essere eseguito.

» Queste osservazioni hanno determinato l'adozione dell'articolo. *Osservaz. all'art.* 1980. *del cod. civ.*

,, §. 12. La rendita vitalizia è dovuta al
,, proprietario in proporzione del numero
,, de' giorni che ha vissuto.

,, Se però si sia convenuto di pagarsi an-
,, ticipatamente, la rata anticipata si acqui-
,, sta dal giorno in cui è scaduto il paga-
,, mento. *Art.* 1852. *Leg. civ.*

Questa disposizione, dicono gli autori delle pandette francesi, non può dar luogo ad alcuna difficoltà. Gli arretrati della rendita vitalizia come tutti gli altri frutti civili, nascono di giorno in giorno, e si acquistano dal creditore a misura che nascono. Quando dunque non vi è clausola contraria, essi sono dovuti per tutt'i giorni che ha vissuto il creditore; di modo che quelli del giorno in cui egli è morto non si debbono, perchè le annualità di ciascun giorno non si acquistano che colla rivoluzione del medesimo.

» Ma quando la rendita è stata stipulata pagabile anticipatamente, il creditore ha un dritto acquisito al termine che dee scadere subito che il giorno, nel quale se ne dee fare il pagamento, è incominciato. Egli trasmette questo dritto nella sua eredità, e questo termine dee pagarsi a' suoi eredi. *Osservazione all'art.* 1981. *del cod. civ.*

,, §. 13. Non può stipularsi che la ren-
,, dita vitalizia non sia soggetto a sequestro,
,, se non quando sia stata costituita a titolo
,, gratuito. *Art.* 1853. *Leg. civ.*

,, Le ragioni di questa disposizione, dice il consigliere di stato Portalis, sono sensibili. Si sono sempre distinte con ragione le rendite vitalizie create a titolo oneroso da quelle che sono fatte a titolo gratuito, per mezzo di donazione o legato. È stato sempre riconosciuto che le prime possono essere sequestrate dai creditori del proprietario, quando anche si fosse stipulato col contratto che non potessero esserlo. Si comprende che niuno può interdire a se stesso la facoltà di contrarre dei debiti, nè ai suoi creditori quella di farsi pagare su i suoi beni.

,, È diverso delle rendite vitalizie fatte per mezzo di donazione o legato. Il testatore o donante può validamente ordinare che la rendita vitalizia da lui legata o donata non possa essere sequestrata da alcun creditore del donante o legatario. La ragione è che colui il quale fa una liberalità può farla sotto quella condizione che giudica a proposito. *Esposiz. dei motivi sul cod. civ. n.* 86.

,, §. 14. Non si estingue la rendita vita-
,, lizia colla condanna a pena perpetua del
,, proprietario: dee continuarsene il paga-
,, mento durante tutta la sua vita. *Art.* 1854.
,, *Leg. civ.*

Questo articolo forma una eccezione all'articolo 16 delle leggi penali? In sostegno dell'affermativa sono chiare le disposizioni che vi sono espresse, da non confondersi colle altre che riguardano lo stato de' beni di proprietà assoluta del condannato. Analiziamo intanto le disposizioni del cennato articolo 16 che togliendo al condannato a pena per-

petua la proprietà de' suoi beni gli accordano solo tenui alimenti. Premettiamone le parole.

» Il condannato all'ergastolo perde la proprietà di tutti i beni che possedeva: la sua successione è aperta a vantaggio de' suoi eredi, come se egli fosse morto senza testamento, non potendo più disporre nè per atto tra vivi, nè per testamento di tutti o di parte de' suoi beni ......

,, Il tribunale civile può obbligare i di lui eredi a somministrargli qualche sovvenzione a titolo di alimenti, i quali debbono limitarsi ad un picciolo sollievo. *Art.* 16. *Leg. pen.*

Si desume adunque da quest'articolo, che mentre il condannato all'ergastolo si ha come morto intestato, d'onde la sua successione si apre a favore de' suoi eredi, gli si dispongono nondimeno gli alimenti. Or colui che stipula una rendita vitalizia non ha altro in mira che di assicurarsi questi alimenti. Diverso fine non può attribuirsi a questo contratto; dappoichè nel calcolo dei mezzi proporzionati ai bisogni della vita, vi si assegna un tangente sicuro. Ne risulta maggiormente dimostrato quest'oggetto, quando da un asse di molti beni se ne stacca una parte, che solo costituisce il fondo della individuale sussistenza, e che per la sua natura forma di ogni proprietà il titolo più sacro. Ma potrà dirsi: il riferito articolo 16 parla di *sovvenzione*: può dunque la rendita vitalizia ridursi in questi termini, e 'l dippiù passare in beneficio degli eredi. Tale argomento prevalerebbe alle ragioni del nostro assunto, se l'indole del contratto in esame contenesse altro fine, e non quello di alimentare la persona che lo ha formato. Premesso adunque che il condannato all'ergastolo ha dritto per gli alimenti, e che in sostegno de' suoi giorni non rappresenta altri titoli di proprietà oltre quelli della prestazione convenuta, potrà in virtù della sua condanna essere spogliato di questa prestazione medesima con ridursi ad un picciolo sollievo? Avendosi la rendita vitalizia per una prestazione alimentaria, venne per conseguenza saggiamente disposto col presente articolo di *continuarsene il pagamento durante la vita* del condannato. D'altronde osserviamo con Duveyrier (*Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 88) che nel soggetto caso la morte civile non merita considerazione alcuna. La rendita è poggiata sulla esistenza naturale dell'uomo. Ella lo siegue sino alla tomba che ingoja entrambi ,, Quindi con fondata ragione può conchiudersi che quest'articolo forma una eccezione all'articolo 16 delle leggi penali.

,, §. 15. Il proprietario di una rendita ,, vitalizia non può chiedere le annualità, ,, se non giustificando l'esistenza sua, o del- ,, la persona sopra la cui vita è stata costi- ,, tuita. *Art*, 1855. *Leg. civ.*

,, RESCISSIONE DE' CONTRATTI. §. ,, 1. L'azione per annullare o per rescinde- ,, re un contratto dura dieci anni in tutti i ,, casi ne' quali non sia stata ristretta a mi- ,, nor tempo da una legge particolare.

,, Questo tempo non comincia a decorre- ,, re nel caso di violenza se non dal giorno ,, in cui è cessata; nel caso di errore o di ,, dolo, se non dal giorno in cui sono stati ,, scoperti; e riguardo agli atti delle donne ,, maritate fatti senza autorizzazione, se non ,, dal giorno dello scioglimento del matri- ,, monio.

,, Relativamente agli atti fatti dagl' inter- ,, detti, il tempo non decorre se non dal ,, giorno in cui è tolta la interdizione; e ri- ,, guardo a quelli de' minori non corre se ,, non dal giorno della maggior età. *Art.* ,, 1258. *Leg. civ.*

Giustiniano estese a quattro anni il tempo utile, che prima in Roma era fissato ad un anno per domandare la rescissione de' contratti.

,, Supervacuam differentiam utilis anni in integrum restitutionis nostra republica separantes, sancimus, et in antiqua Roma, et in hac alma urbe, et in italia, et in aliis provinciis quadriennium continuo tantummodo numerari ex die, ex quo annus utilis currebat et id tempus totius loci esse commune, ex differentia enim locorum aliquod induci discrimen satis nobis absurdum visum est, quod non solum in minorum restitutionibus (quibus utilis annus incipit currere ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit (*si modo habet facultatem agendi*; *et hoc si in*

minori aetate contingit laesio, *alioquin currit a tempore laesionis*); sed etiam in majorum (*scilicet restitutionibus qui et ipsi judicis officio juvantur*; *alias si jure actionis de dolo*, *vel quod metus causa vel simili habent sua tempora*) hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observatur ad interponendam contestationem, finiendamque litem. Et quamadmodum omnis minor (*scilicet infantia*, *pueritia*, *adolescentia*) aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in majorum, tempus in quo reipublicae causae abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati, omne excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum, et majorum restitutio *l. 7. Cod. de tempor. in integ. rest.*

Casus. Minor contraxit, laesus est: toto tempore minoris aetatis, et eo lapso intra annum utilem olim poterat restitui: loco ejus utilis anni statuit imperator quod detur hodie quadriennium, quod incipit currere a tempore illo quo currebat olim utilis annus, quod tempus observabitur tam in veteri Roma quam in Constantinopolis civitate cum caeteris provinciis; et hoc in prima. Quod quadriennium non solum in restitutione minorum, quod est statim ex quo illuxit dicitur, imo in restitutione majorum observabitur, puta si major fuerit absens causa reipublicae, et interius res suas sua usucapia sit, dabitur sibi beneficium restitutionis intra quadriennium a tempore reversionis suae, quod incipit currere a tempore quo fuit reversus, et hoc in secunda. Et sicut minori non currit nisi post completam minorem aetatem, ita majori non currit tempus cum abest; et non refert quo genere causae fuerit absens, sive reipublicae causa, sive quibuslibet quae enumeratae sunt D. ex quibus caus. ma. l. 1. et quantum ad haec nulla est differentia inter majores, et minores. »

,, Il tempo nel quale l' azione doveva essere introdotta non era, al dir di Toullier, altra volta lo stesso per l' azione di nullità e per l' azione di rescissione. La più parte dei dottori tenevano per massima che le nullità assolute non potevano essere coverte da alcuna prescrizione, non esclusa quella di cento anni, quante volte esisteva il titolo; perciocchè questo distruggeva con tutti i suoi vantaggi, la presunzione di proprietà risultante da un sì lungo possesso, scoprendo il vizio della sua origine. Or siccome nessuno può cangiare nè la causa nè il titolo, nè la qualità, nè i vizj del suo possesso, desso continua sempre tal quale ha incominciato anche nella persona degli eredi *in infinitum*, sia qualunque la buona fede ch' essi potessero allegare; si conchiudeva, ch' essi non potevano mai prescrivere fin tanto che esisteva il titolo. *Melius est non ostendere titulum quam ostendere vitiosum.*

,, Ma siffatto ragionare era un abusare stranamente di un principio astratto, vero in se stesso, ma le cui conseguenze, spinte tant' oltre porterebbero il disordine nella società, e renderebbero le proprietà incerte. Perciò questo rigore di principj non era applicato se non alle nullità assolute. Non era alcun dubbio che le relative potevansi prescrivere col decorso di trent' anni. Si credeva che gli atti colpiti da una nullità semplicemente relativa, trasferivano la proprietà ogni qual volta eran seguiti dalla tradizione. Essi formavano un titolo putativo o colorato, all' ombra del quale il compratore poteva riputarsi proprietario, e possessore di buona fede.

,, Il codice ha voluto ovviare agli inconvenienti dell'antica giurisprudenza, ed assicurare per quanto egli è possibile la pace delle famiglie, la sorte de' contraenti, e la tranquillità de' loro eredi, limitando a dieci anni la durata dell' azione per nullità. *Toullier. Corso di dritto civile vol. 7. §. 597.*

» §. 2. La semplice lesione dà luogo alla » rescissione in favore del minore non eman- » cipato contra qualunque sorta di convan- » zioni; ed in favore del minore emancipa- » to, contra tutte le convenzioni che oltre- » passano i limiti della sua capacità, sicco- » me è determinato nel titolo della *minore* » *età*, *della tutela e della emancipazione*. » *Art.* 1259. *Leg. civ.*

Ulpiano dichiara restituirsi in intero i minori nel solo caso che sieno lesi.

» Non omnia quae minores viginti quinque annis gerunt, irrita sunt; sed ea tantum

quae causa cognita ejusmodi deprehensa sunt, ut ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt amiserint, aut quod adquirere emolumentum potuerunt omiserint, aut se oneri quod non suscipere licuit, obligaverint. *l.* 45. *D. de minoribus.*

Casus. Minor non potuit comedere partem de fabis vel de composta, nunquid restituetur? Certe non: nam in his solum erit restituendus in quibus fuit deceptus propria facilitate, vel adversarii calliditate: unde si aliquid omiserit, vel se onerosae hereditati immiscuerit; contra talia bene poterit restitui. *Vivianus.*

» Quando avvenga che due minori contrattino insieme (osserva Toullier), se uno di essi soffre dolosamente lesione dall' altro, egli può farsi restituire, come farebbe contro un maggiore. E se colui che ha ingannato l' altro, avesse ricevuto del denaro, sarebbe tenuto a restituirlo, quantunque non lo avesse impiegato utilmente. Egli sarà tenuto egualmente ai danni ed agli interessi nascenti dal suo dolo, come il sarebbe verso un maggiore.

» Se i due minori si trovassero lesi, senza che vi sia intervenuto dolo nè dall' una nè dall' altra parte, quello di essi che si rattrova vincolato dall' obbligazione può farla rescindere. Per esempio, il minore il quale avendo tolto a prestito del denaro da un altro minore, non lo avesse impiegato utilmente, può dispensarsi dal restituirlo col far rescindere la sua obbligazione. La perdita che soffre l' altro minore non rende valida la obbligazione. In somma, è regola generale, che quando due minori han contrattato insieme, e tutti e due, o uno di essi è rimasto leso, senza che sia possibile di rimetter l'uno e l' altro nello stato in cui erano innanzi, quello di essi, che ancora è vincolato dalla obbligazione, l'esecuzione della quale gli arrecherebbe del pregiudizio, è preferito all' altro, e vien restituito contro la detta obbligazione.

» Quanto ai maggiori, essi non vengon restituiti, se non nel caso in cui i contratti per essi stipulati sieno infetti di alcuno de' vizj che ne distruggono la sostanza, come nel caso di errore, o di causa falsa o illecita, ec. ec.; quando questi vizj sono tali da dar luogo alla rescissione.

» Quando un atto contiene più capi indipendenti, o che non hanno relazione tra essi, la rescissione può limitarsi ad uno di questi capi, senza estendersi agli altri; ma se, quantunque differenti, le parti dell' atto sono dipendenti, o anche soltanto relative le une alle altre, il reo convenuto in causa di rescissione può domandare che questa si estenda a tutti i casi:

» Per esempio: un tutore ha venduto un fondo indiviso tra se, e 'l suo pupillo; questi fa annullare il contratto in ciò che lo riguarda: il compratore, non essendo tenuto di dividere il contratto, per conservare una porzione che sola non avrebbe voluto comprare, può obbligare il tutore a riprendersi la sua porzione. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 7. §. 391 *a* 593.

Che sarà a dirsi se fu venduto uno stabile appartenente ad un minore, senza osservarsi le formalità richieste per atti di tal sorta, ma ad un prezzo vantaggioso? Egli, risponde Delvincourt, può sempre domandare la rescissione, in sulle prime, perchè vi ha violazione della legge proibitiva. *Il tutore non può*, dice l' articolo 457 (380 leg. civ.). E poi v' ha lesione pel minore, sol perchè fu venduto uno de' suoi stabili senza necessità; è meglio per lui aver fondi che contanti, il quale può dal tutore essere dissipato. *ll.* 2 e 11 *cod. de praediis et aliis rebus minorum.* Il minore potrà dunque sempre revindicare, senza esser neppur tenuto di rendere il prezzo; menochè l' acquirente non provi, che quegli ne abbia profittato.

» *Quid* riguardo ai frutti? Se l' acquirente sapeva che la cosa apparteneva al minore, deve rendere tutti i frutti: se no, si applicheranno le regole relative ai possessori di buona fede *l.* 2. *cod. si quis ignorans.*

» Osservate che in questi diversi casi, anche il tutore che ha venduto, ma senza le formalità richieste, può domandare a nome del suo pupillo la nullità della vendita, senza che gli si possa opporre la regola *cum quem de evictione ec.* In effetti questa regola non è applicabile che al caso in cui l' atto è impugnato da quello stesso che ha l' obbligo di

garentirne l'esecuzione. Ora qui se vi fosse alcuno obbligato a garentire, sarebbe il tutore nel suo proprio e privato nome; e quando egli agisce a nome del suo pupillo, è il pupillo medesimo che si presume agire per di lui organo. Presentamente il compratore evitto potrebbe domandare i danni ed interessi al tutore? La quistione può esser dubbia, se il tutore ha venduto lo stabile come cosa del minore e che non abbia garentito la vendita personalmente; e ciò per argomento tratto dall'articolo 1599 (1444 leg. civ.) L'acquirente deve non men del tutore conoscere la legge la quale proibisce la vendita degl' immobili de' minori senza l' osservanza di talune formalità.

» Non v' è dunque ragione di accordargli l' azione pel risarcimento de' danni ed interessi; tutto al più potrà esigere la restituzione del prezzo.

» Il pupillo sarebbe restituito contro un altro pupillo? Si: per es. se un pupillo ha tolto a prestanza del danaro da un pupillo e lo ha dissipato. *l.* 11. §. 6. *e l.* 34. *D. de minor.* La qualità del creditore non deve determinare la condizione del debitore. E d'altronde son essi *in pari causa*; e quindi allora *milior est conditio rei quam actoris.*

» Ma se un minore ha venduto senza formalità uno de'suoi immobili ad un altro minore e che abbia ricevuto e dissipato il prezzo della vendita, potrà farsi restituire l' immobile senza rendere il prezzo? Io credo che si. Ma qualora l'immobile sia degradato, egli non potrà reclamare alcuna indennità. Egli riprende il suo fondo per ciò che rimane e nello stato in cui si trova.

» Credevasi anticamente dietro la novella 115 cap. 3. §. 13 che il minore in età oltre a 18 anni non poteva restituirsi contro le obbligazioni da lui contratte pel riscatto di uno de'suoi ascendenti. Probabilmente ancor oggi si giudicherebbe così, qualunque fosse l' età del minore, e salvi i casi di eccesso o di frode. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 6. *nota* 411 *e* 412 *al tit.* 5.

Vedi *Emancipazione - Minor età - Tutela.*

» §. 3. Il minore non può restituirsi in » intero per causa di lesione, quando que- » sta derivi soltanto da un avvenimento ca- » suale, e non preveduto. *Art.* 1260. *Leg.* » *civ.*

Così Ulpiano.

» Item non restituetur qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui. Nec eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta facilitas. *l.* 12. §. 5. *D. de minoribus.*

» §. 4. La semplice dichiarazione fatta » dal minore di esser maggiore non lo esclu- » de dal beneficio della restituzione. *Art.* » 1261. *Leg. civ.*

È uniforme al rescritto di Alessandro.

» Si cum minor annis vigintiquinque esses, tabulis, quae sunt suarum professionum (*idest in quibus professus fuerat pater et mater tali tempore te natum*) oblatis tibi aetatem qua si major annis vigintiquinque decepta probasti, in integrum restitutionem, intra statutum legibus tempus etiam post impletam aetatem de omnibus intra eam aetatem adversus te gestis, postulare apud eum, cui de ea re jurisdictio est, potes *l.* 1. *Cod. Si minor se majorem dixerit etc.*

Casus. Aliquis volens contrahere cum minore, persuasit ei quod esset major, ostendens ei instrumentum nativitatis suae, quo pater, vel mater professa est tali tempore eum natum fuisse, per quod videbatur major; cui instrumento fidem adhibens minor confessus est se majorem, cum eo contraxit, et laesus est, an possit restitui quaeritur, et responde quod sic; scilicet si est intra illa tempora intra quae datur restitutio in integrum. Si vero excessit illa tempora, de omnibus quae contraxit intra minorem aetatem, restitui potest; nihilominus non intelligas quod contra confessionem; quia ipso jure tutus est. »

» §. 5. Il minore che è negoziante, ban- » chiere, o artigiano non può restituirsi in » intero contra le obbligazioni contratte per » ragione del suo commercio o della sua ar- » te. *Art.* 1262. *Leg. civ.*

Questo articolo ha il suo rapporto cogli articoli seguenti delle leggi di eccezione negli affari di commercio.

» Qualunque minore emancipato sì dell' uno che dell' altro sesso, dell' età di diciotto anni compiuti, vorrà profittare della facoltà di commerciare accordatagli dall'artico-

lo 410 delle *leggi civili*, o vorrà fare alcuno degli atti enunciaii negli articoli 3 e 4 delle presenti leggi, non potrà dar principio a veruna operazione commerciale, nè essere considerato maggiore, in quanto alle obbligazioni da lui contratte per fatto di commercio,

» 1. se non sia stato preventivamente autorizzato con atto autentico da suo padre, o in caso di morte, d'interdizione o di assenza del padre, da sua madre; o in mancanza del padre e della madre da una deliberazione del consiglio di famiglia, confermata dal tribunale civile:

» 2. se inoltre l'atto che lo autorizza, non sia stato registrato, ed affisso per lo spazio di due mesi al tribunale di commercio del luogo ove il minore intende di stabilire il suo domicilio o fissarvi qualche stabilimento commerciale. *Art.* 6. *leg. di eccez. per gli af. di com.*

» I mercanti di età minore autorizzati, come si è detto di sopra, possono per cagione del loro commercio obbligare, ipotecare ed anche vendere i loro beni stabili senza alcuna delle formalità prescritte dal dritto civile. *Art.* 7. *Idem.*

» §. 6. Il minore non può restituirsi in
» intero contra le convenzioni stipulate nel
» suo contratto di matrimonio, quanto sono
» state fatte coll' approvazione e l' assistenza
» di coloro, il consenso de' quali è necessa-
» rio per render valido il matrimonio. *Art.*
» 1263. *Leg. civ.*

Vedi *Donazione* §. 66.

» §. 7. Il minore non può restituirsi in
» intero contra le obbligazioni nascenti dal
» suo delitto o quasi-delitto. *Art.* 1264. *Leg.*
» *civ.*

È uniforme la dottrina di Ulpiano.

» Et placet in delictis (*ex animo provenientibus*) minoribus non subveniri; nam et si furtum fecit, vel damnum injuria dedit; non subvenietur ei *l.* 10. §. 3. *D. de minoribus.*

Presso i tribunali di Napoli si agitò la questione se i contratti stipulati da un minore colla finta qualità di maggiore sieno a riputarsi validi quando questi voglia riassumere il carattere della minoretà per attaccare li medesimi contratti. Il tribunale, e la gran corte civile si decisero per l' affermativa. D'altronde la suprema corte di giustizia sostenne la negativa con decisione de' 8 gennaro 1824.

» *Fatto.* Il minore D. Paolo Cimino con istromento de' 28 novembre 1822 si dichiarò debitore del signor Giacomo Laint Lager rappresentante la Ditta *Saint Lager*, *e compagni* in ducati 1740 importo di tanti panni accredenzatigli. Tal somma fu promessa pagarsi a ducati 435 al mese, col patto rescisorio in mancanza di un solo mese, e giorni 15.

» Per maggior cautela de' pagamenti suddetti il debitore sottoscrisse anche una cambiale di simil somma pagabile in rate. Oltre a ciò si sottopose all' arresto personale convenziale, ed assoggettò ad ipoteca i suoi fondi siti nel comune di Giugliano; finalmente in caso di litigio si dichiarò competente il tribunale di commercio.

» Della somma enunciata i signori Saint Lager, e compagni introitarono ducati 200. In seguito essendosi fatto attrasso, crederono opportuno girare la cambiale a' signori Sepolini, Im Thum, e compagni, i quali nel dì 1 marzo 1823 levarono protesto contro il signor Cimino. Quindi a' 18 dello stesso mese adirono il tribunale di commercio contro lo stesso signor Cimino, e Saint Lager chiedendo la somma di ducati 1540.

» Dietro sentenza di riunione di contumacia il signor Cimino intimando agli attori una fede del parroco di S. Antimo, dalla quale si raccoglieva di essere egli nato nel dì 2 dicembre 1802, dedusse, che stante la sua minor età, il tribunale avesse invalidata la di lui obbliganza.

» Gli attori risposero, che la prodotta eccezione non reggeva, dacchè il signor Cimino nel contratto di cui è quistione si era dichiarato per unico figlio, e padrone degli stabili, che ipotecava. Quindi conchiusero di riserbarsi di agire in linea criminale per la frode qualificata commessa dallo stesso signor Cimino.

» Il tribunale con sentenza de' 30 luglio del suddetto anno 1822 rigettò la domanda degli attori contro il signor Cimino. Condan-

nò bensì solidalmente, e con arresto personale i signori Saint Lager, e compagni a pagare a favore de' medesimi la chiesta somma, insieme cogl' interessi al 6 per 100 dal giorno del protesto, sino all' effettivo pagamento. Di tal sentenza i signori Saint Lager e compagni appellarono. I signori Sepolini, e compagni ne appellarono incidentemente, chiedendo di estendersi anche contro il signor Cimino la condanna di pagamento pronunziata contro i signori Saint Lager e compagni. Il signor Cimino produsse anche appello incidente, dolendosi, che il tribunale avendo accolta la sua eccezione della minor età, aveva poi omesso d'interloquire sulle spese, delle quali doveva egli essere indennizzato, giusta l' articolo 222 delle leggi di procedura.

» La gran corte con decisione de' 24 settembre del suddetto anno, dichiarò nulla, e come non avvenuto il contratto tra i suddetti Saint Lager e compagni, ed il minore Cimino del dì 28 novembre 1822, ed in conseguenza dichiarò di non competere alcuna azione in vigore dello stesso contratto nè a' signori Saint Lager, e compagni, nè a qualunque loro giratario, e cessionario; salvo benvero ai suddetti Saint Lager e compagni il diritto di ripetere dal minore anzidetto il prezzo di quella quantità di panni, che provassero in altro giudizio di essersi invertiti dallo stesso Cimino in proprio uso; e per lo dippiù ordinò di eseguirsi la sentenza appellata.

» I signori Saint Lager e compagni ne ricorsero alla corte suprema di giustizia, invocando tra le altre cose, a loro favore la disposizione dell' articolo 1264 delle leggi civ.

» Per parte del signor Cimino si è dedotto per non essere stato intimato, giusta il disposto dell' articolo 582 delle leggi di procetura civile. Oltre a ciò si è soggiunto, che quando anche il ricorso fusse stato intimato o personalmente, o nel vero domicilio, l' atto di citazione sarebbe stato nullamente eseguito nel giorno primo dicembre 1823 dacchè il signor Cimino in tal epoca era ancora un minore.

» Udito il rapporto ec. ec.; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per la ricettibilità del ricorso, e nel merito per l' annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Sul rito.

» Attesocchè il domicilio indicato dal signor Cimino nel contratto de' 28 novembre 1822 di cui è quistione, non fu trovato vero allorchè ad istanza de' signori Sepolini, e compagni gli fu intimato il protesto.

» Attesocchè lo stesso Cimino nell'atto di adizione dell' eredità paterna del dì 12 luglio dello stesso anno aveva indicato un domicilio diverso da quello, che poi manifestò nel contratto suddetto.

» Attesocchè in vista di tutto ciò avendo gli attori intimata la sentenza di contumacia riunita del tribunale di commercio al signor Cimino in Giugliano, egli in vista di questa intimazione sviluppò le sue difese, e propose la eccezione della invalidità del contratto; il che fa intendere, che il suo domicilio fosse veramente in Giugliano, ove i suoi beni son siti.

» Attesocchè essendosi anche intimato in Giugliano il ricorso per annullamento dai signori Saint Lager, e compagni, venne in seguito a costituirsi D. Giosuè Magliocco suo patrocinatore nella corte suprema, incaricandosi di procedere per il signor D. Paolo Cimino di Giugliano, sicchè non può dubitarsi di aver avuta conoscenza del ricorso prodotto dai suddetti negozianti; e che sia rimasta così coverta la supposta nullità, che ora si popone.

» Attesocchè avanti ai primi, ed ai secondi giudici, si questionò della validità, o invalidità del contratto, appunto perchè il Cimino ne sosteneva la nullità per la sua età minore; quindi l' altra opposizione, che si fa di esser nulla la intimazione del ricorso, perchè fatta ad un minore, rientra perfettamenta nella quistione del merito.

» Sul merito.

» Attesocchè l' azione de' signori Sepolini, e compagni fu sulle prime unicamente fondata su' contratti; ma quando Cimino oppo-

se la sua minore età fu dedotta anche la frode.

» Attesocchè non possa dubitarsi che dai delitti, e quasi diliiti discendano delle obbligazioni art. 1336 e seguenti leggi civ. e che queste obbligazioni astringono anche i minori, art. 1264 delle stesse leggi.

» Attesocchè in vano si oppone, che questo articolo riguarda restituzione in intero, la quale non ha luogo nel caso dell' assoluta nullità del contratto; poichè se il minore non ha persona per contrattare, sicchè contro di lui non può nascere l' azione corrispondente *ex contractu*; può però il medesimo *delinquere*, *o quasi delinquere*. Sicchè dal suo delitto, o quasi, sorge l' azione *in factum*, ch' è ugualmente efficace, e valevole a conseguire altrettanto, quanto *ex contractu* sarebbe stato dovuto. Si esoneri pure Cimino dall' obbligazione risultante dal suo contratto di compravendita, comecchè fosse stato nullo per difetto di età; ma sempre viene a rientrare nella stessa obbligazione a favore di Saint Lager, e compagni, quando costasse, che in forza del suo dolo, e del suo artifizio arrivò a carpire dal venditore, ciò che mai senza una scaltra machinazione avrebbe conseguito. Se la legge lo difende, e protegge per la sua minore età, quale legge lo pone al coverto del suo delitto, o quasi delitto?

» Attesocchè sia vero, che il contratto del minore è nullo stante la sua incapacità ad obbligarsi; e l' articolo 1261 delle citate leggi non permette che divenga valido, sol perchè lo stesso minore nel contratto si è dato per maggiore. » Ma se il minore, dice il Toullier, non si fosse limitato ad una semplice dichiarazione di maggiore età: se avesse usati degli artifizj per persuadere all' altra parte di esser maggiore. Se avesse prodotto un atto falso di nascimento, potrebbe ciò non ostante prevalersi della sua minore età? Fermandosi a dire, che se la semplice dichiarazione di età maggiore non fa ostacolo alla restituzione, il codice ha dato a divedere, che laddove vi è più, che la semplice dichiarazione, vi può essere ostacolo. Ma quando, ed in quali casi? Il codice non ha voluto deffinirlo. Ha lasciata a' giudici la cura di applicare i principj alle circostanze: il minore, che pel fine d' ingannare ha impiegati degli artifizj, onde farsi credere maggiore è certamente indegno della restituzione; e se ne rende anche più indegno, se giunge a presentare un falso atto di nascimento, dacchè questo è un reato, che può esporlo alla persecuzione criminale. Ma la semplice enunciazione di un'atto di nascimento di tale, o tale altra data pesa più di una semplice dichiarazione di età maggiore? La straordinaria precauzione presa dall' altra parte di farsi assicurare di un' atto di nascita, che si trova falso non genera forse il sospetto di sua complicità, che può ricevere maggior forza, ed essere convertito in pruova dalle circostanze, e dalla condizione fisica del minore, che spesso ne svela l' età? Adunque il codice saggiamente si è confidato alla prudenza de' giudici. *Toullier tom.* 7. *n.* 590.

» Attesocchè per quanto sia desiderabile in un giudizio civile, concorrano parecchie circostanze indicative della frode adoperata da D. Paolo Cimino, già prossimo allora a compire la minor età. Egli senza l' assistenza del curatore si presenta nella cancelleria del tribunale civile di Napoli, ed adisce le eredità del padre, e del zio: egli in seguito domanda avanti del regio giudice di Giugliano d' immettersi nel possesso de' beni, e presenta all' oggetto una falsa fede del parroco Jacarone, da cui si rilevava di aver compita la minore età, ciocchè si opponeva al vero. Il giudice in vista di questa carta, e delle altre prodotte interpone la sua ordinanza: l' usciere nello stesso giorno lo immette nel possesso; ma intanto il ricorso al giudice si fa sottoscrivere da un tal de Angelis per aver così una sfuggita, ed una difesa in ogni tempo, e si toglie poi dagli atti quella fede di battesimo, nella quale l' ordinanza fu profferita, e che poteva esser smentita dalla fede vera del suo nascimento, e che lo avrebbe portato ad una persecuzione criminale. In fine perchè i preparativi ben combinati avessero tutto il compimento tre giorni prima della stipula del contratto

con Saint Lager, e compagni, s'intesta la fondiaria di quei fondi, che venne poi ad obbligare nell' istrumento.

» Attesocchè la gran corte colla sua decisione chiudendo gli occhi a questo gravissimo aspetto della causa, si è fermata soltanto a discutere la nullità del contratto, ed all' applicazione dell' articolo 1261, e della prammatica relativa ai contratti a partito, che mal corrispondono alla quistione in esame, ed ha trascurata la giusta, e legale intelligenza dell' articolo 1264 delle nostre leggi civili, che era applicabile alla causa - Il minore non può restituirs' in intiero contro le obbligazioni nascenti dal suo delitto, o quasi delitto; articolo sul quale il Maleville ricorda le disposizioni del diritto latino - *Placet in delictis minoribus non subveniri l.* 9. §. 2. *D. de minoribus. Ne sit aetatis excusatio adversus praecepta legum ei, qui dum leges invocat contra eas committit. l.* 37.*eod.*

» Per siffatte considerazioni la corte suprema dichiara ricettibile il ricorso; e nel merito annulla la decisione impugnata, e rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile in altra camera, ed oridina di restituirsi il deposito. »

» §. 8. Non è ammesso ad impugnare l'
» obbligazione sottoscritta nella sua minor
» età, quando divenuto maggiore l' ha rati-
» ficata, sia che tale obbligazione fosse nul-
» la nella sua forma, sia che fosse soltanto
» soggetta a restituzione. *Art.* 1265. *Leg.*
» *civ.*

Così l' imperatore Gordiano.

» Cum proponas curatorem patris tui, non interposito praesidis decreto, praedium rusticum heredi creditoris, seu tutori ejus (*scilicet creditoris*) destinasse (*et vendidit, vel destinavit quod de jure non potuit*) venundare, eamque venditionem deceptum patrem tuum ratam habuisse, si minore pretio distractum est praedium, et inconsulto errore lapsum patrem tuum perperam venditioni consensum dedisse constiterit, non abs erit superfluum pretii in compensationem deduci quod praesidis provisione fieri convenit, cujus solertiae congruum est, si (*idest quamvis non habuit bonam fidem vel ponitur conditionaliter, scilicet si non vult adimplere quod debet, solvendo scilicet; vel compensando*) diversa pars bonam fidem non amplectetur, in arbitrio ejus ponere, an velit possessionem cum fructibus restituere; ita ut foenebris pecunia cum competentibus usuris restituatur *l.* 1. *Cod. si major factus etc.*

Casus. Curator patris tui creditori vel heredi, vel tutori filii creditoris praedium quod valebat quadraginta, cum debitum non esset, nisi decem debit in solutum, vel vendidit, et ita ultra dimidium justi pretii deceptus est, major factus ratam habuit venditionem, et decessit, an tu igitur qui ei successisti desiderare possis ut justum pretium tibi suppleatur compensando si quid ei debes usque ad competentem concurrentem quantitatem quaeritur? responde quod sic, et nisi suppleat praedium cum fructibus recuperabit, et hoc vel hoc eligere poterit heres creditoris, ut suppleatur justum pretium cum usuris, aut praedium recuperat. »

Un atto stipulato con un minore creduto maggiore in virtù di una fede di nascita di altro dello stesso nome già morto, che gli viene appropriata, è bastante ad essere colpito di nullità? Nel caso affermativo questa nullità può essere emendata dallo stesso, giunto alla sua età maggiore? La suprema corte di giustizia con decisione de' 17 febbraro 1824 profferì la opinione affermativa.

» *Fatto.* A' 31 dicembre 1818 D. Rosa Jodice figlia ed erede di D. Salvatore istituì giudizio nel tribunale civile di Napoli contro del sacerdote D. Francescantonio Jodice suo zio paterno, e contro di D. Caterina Sozzi madre, e tutrice de' figli minori dell' altro di lei zio paterno fu D. Vincenzo Jodice, chiedendo di dichiararsi nullo l' instrumento de' 10 settembre 1810 per gli atti di notar D. Ferdinando Cacace contenente dichiarazione di essere comuni fra essa D. Rosa, e li detti suoi zii tutti i beni tanto mobili, che stabili, crediti, negoziati, ed affitti, tanto in testa di D. Antonio Jodice rispettivo padre ed avo, quanto in testa del detto fu di lei padre D. Salvatore, e di appartenerne rispettivamente una terza parte a ciascuno di essi, e disse, che detto istrumento se l' era fatto sottoscrivere da detti

suoi zii pochi giorni dopo della morte di suo padre, facendoli pure rinunziare a qualsivogliano disposizioni, e dichiarazioni in contrario, senza esprimersi quali fossero, e con aver fatto a dippiù approvare l' instrumento suddetto dallo sposo ad essa proposto per adescarla colla promessa di dover ratificare divenuto che sarebbe di lei marito, ed all' oggetto promisero di dargli ducati 4000 in proprietà, ed usufrutto nel caso che dopo contratto il matrimonio fosse a lui premorta essa D. Rosa senza figli.

» I motivi su' quali la dedotta nullità venne fondata furono 1. perchè essa era minore allorchè le fu fatto sottoscrivere l' instrumento suddetto, e lo dimostrò colla fede del di lei battesimo de' 15 novembre 1795 2. perchè ciò non ostante i suoi zii con dolo ed inganno l'avevano fatta credere maggiore, esibendo un' altra fede battesimale di un' altra Rosa Jodice nata pure dal detto D. Salvatore, e dalla stessa sua madre D. Serafina Minutolo nel 1788 e poi morta nell'età di tre mesi, e lo documentò colla esibizione dell' estratto della di costei morte: 3. perchè nell' instrumento non si erano indicate, nè se l' erano fatte sapere le disposizioni in contrario, alle quali si era voluto che avesse rinunciato, benchè generalmente.

» Il tribunale civile con sentenza de' 30 marzo 1819 sulla sola considerazione della minor età di essa D. Rosa, dichiarò nullo e di niun vigore l'istrumento suddetto, ed ordinò, che fosse lecito ad essa D. Rosa di sperimentare i suoi dritti ne' modi voluti dalla legge.

» Il detto D. Francescantonio e D. Caterina in detto nome a' 10 agosto 1819 ne produssero appello.

» A'6 novembre dello stesso anno il comune Massalubrense qual creditore dell' eredità del fu D. Vincenzo Jodice per affitto della tonnaja della Mortella impugnò la suddetta sentenza con opposizione di terzo rinnovata a' 16 marzo 1820 ed intimata a detta D. Rosa, ed altri che erano nel giudizio.

» Tanto D. Francescantonio Jodice, e D. Caterina Sozzi coll' atto di appello, ed in altro atto de' 21 settembre, quanto il suddetto comune colla opposizione di terzo, ed altro atto de' 6 aprile 1820, sostennero, che detta D. Rosa, divenuta maggiore avea ratificato l'instrumento de' 15 settembre 1810 e di non avere più diritto a dirne di nullità; che era un notorio, che il fu D. Salvatore Jodice aveva fatti gli acquisti, e gl' impieghi col denaro della famiglia pervenuto da' comuni affari, e negoziati, de' quali egli solo portava il carico; e che perciò non poteva la validità del detto instrumento essere contraddetta.

» Ed a tutto ciò si aggiunse dal comune solamente, che in vece della dimostrazione del dolo, vi era anzi quella della buona corrispondenza fra detta D. Rosa, ed i suoi zii.

» L' uno, e gli altri per dimostrare la dedotta ratifica esibirono e comunicarano i seguenti documenti.

» 1. Instrumento de' 7 giugno 1817 per notar D. Giuseppe Lembo di Napoli, nel quale passò convenzione tra detti D. Rosa già maggiore, e suo zio D. Francescantonio tanto a nome proprio, che come amministratore della eredità del detto fu D. Vincenzo, il signor Conte D. Giuseppe Thourn, ed in esso si stabilì che i ducati dodicimila dal Conte dovuti alla eredità del fu D. Salvatore Jodice, dovessero pagarsi per una terza parte condizionati per impiegarsi in compra a favore de' figli minori del fu D. Vincenzo soggetti al vincolo pupillare, e le altre due terze parti, una a pro di essa D. Rosa, e l' altra a pro del di lei zio D. Francescantonio giusta l' instrumento di dichiarazione di settembre 1810.

» 2. Instrumento de' 9 gennajo 1818 per notar D. Nicola d' Arienzo, nel quale D. Francescantonio fece quietanza a favore del detto signor Conte per la somma di ducati 1000 dal medesimo ricevuti in conto della residual somma della sua terza parte di ducati 4000 giusta lo stesso instrumento de' 15 settembre 1810.

» 3. Instrumento de' 13 febbrаro 1819 per detto Lemmo, nel quale i detti D. Rosa, D. Francescantonio, e D. Caterina Sozzi madre e tutrice de' suoi figli quietarono il detto signor Conte per gl' interi ducati 12000 e loro interessi rispettivamente pagati a norma dell' instrumento del 1810; cioè ducati 8000

liberi a detti D. Rosa e D. Francescantonio metà per ciascheduno di essi; ed i restanti ducati 4000 condizionati per impiegarsi soggetti al vincolo pupillare; e nelle narrative si aggiugne di non essersi esibiti altri contratti all' infuori degli enunciati, e del contratto del 1810 per dimostrare la dedotta comunione de' beni, e l' amministrazione tenuta da D. Salvatore Jodice.

» Relativamente poi alla corrispondenza di D. Rosa co' suoi zii, fu per parte del detto comune esibita, e comunicata a D. Rosa la dichiarazione fatta dalla medesima con iscrittura privata de' 5 agosto 1818 di appartenere a D. Francescantonio suo zio per conti appurati fra di loro la casa a S. Lucia a mare n. 56 descritta nel ruolo fondiario in testa del fu di lei padre D. Salvatore.

» Attaccata D. Rosa nel tribunale civile dal comune, ed in appello da Jodice e Sozzi fece le seguenti operazioni.

» In faccia del Comune con atto di nuova citazione de' 9 marzo 1820 ed indi con atto di difesa sostenne che la pretesa ratifica dell' instrumento de' 15 settembre 1810 non avea sussistenza, e che laddove l' avesse avuta, la nullità già dichiarata dell' instrumento suddetto trovava il suo appoggio sugli altri due motivi, del dolo cioè, e dell' inganno usatole da' suoi zii in averla fatta credere di età maggiore, e sulla occultazione delle scritture di casa, sulle quali generalmente le aveano fatta rinunciare.

» Esibì e comunicò all' appoggio le scritture, delle quali aveva avuto notizia, e queste furono il testamento del fu Antonio Jodice suo avo scritto a 28 marzo 1802 aperte a 9 ottobre 1811, e dato a conservare a detto notar Cacace che ne avea fatta la chiusura; ed un alberano passato a 10 aprile 1806 tra detti fu D. Salvatore, D. Francescantonio, e D. Vincenzo, e dato a conservare al notar D. Antonio Farina.

» Dal detto testamento si ha, che Antonio Jodice avea istituito D. Vincenzo nella legittima da conseguirla nell' assegnamento che già gli avea fatto di annui ducati 216 sulle sue case al molo piccolo, ancorchè avesse avuto giusto motivo di diredarlo, e la istituzione di eredi universali nelle persone de' detti D. Salvatore e D. Francescantonio con diverse dichiarazioni a pro di D. Salvatore; e dal detto alberano si ha, che D. Vincenzo nel 1806 era stato soddisfatto del capitale de' detti annui ducati 216 cioè per ducati 1683 denaro comune di D. Salvatore, e D. Francescantonio ed altri ducati 2637 di denaro del solo D. Salvatore in alcune barche, ed altro.

» In faccia poi de' detti D. Francescantonio e D. Caterina nel nome suddetto con atto de' 21 agosto 1821 dedusse le stesse cose, e diede loro comunicazione de' suddetti due documenti; e coll' atto medesimo produsse appello incidente chiedendo, che l'appellata sentenza si dovesse confermare non per solo motivo della minore età, ma benanche per gli altri due del dolo cioè, e della occultazione de' documenti.

» Il tribunale di prima istanza però avea già discussa la terza opposizione prodotta dal Comune alla sentenza de' 30 marzo 1819 e vi avea fatto dritto, e mettendo nel nulla la suddetta sentenza, dichiarò valido l' instrumento de' 10 settembre 1810, e nelle narrative della decisione impugnata dalle parti si ritengono i fatti dell' enunciata ultima sentenza, in quanto non si oppongono a quelle della decisione in esame.

» Di questa sentenza produsse appello D. Rosa Jodice, e per non essersi il di lei patrocinatore presentato all' udienza, a 16 luglio 1821 ebbe luogo una decisione di congedo, contro della quale da D. Rosa furono prodotte le opposizioni con atto de' 16 agosto detto anno; e dalle suddette narrative si ha che i motivi dell' appello, e delle opposizioni furono i stessi che avea dedotti in sostegno della sentenza de' 30 marzo 1819 aggiungendo soltanto, che avendo D. Francescantonio Jodice, e D. Caterina Sozzi appellato dalla suddetta sentenza non ne avea potuto sperimentare gli effetti, anzichè potersi da questo fatto arguire il concerto voluto di famiglia.

» Portata la causa all' udienza della stessa gran corte in terza camera per la discussione de' detti appelli principali, ed incidente avverso la prima sentenza de' 30 marzo 1819

gli appellanti in principale non si presentarono, e perciò con decisione de' 22 agosto 1821 la gran corte dimettendo D. Rosa dall' appello principale si riserbò le provvidenze sull' appello incidente, nel caso che si fossero prodotte le opposizioni, e queste si produssero da detti Jodice e Sozzi con atto de' 21 settembre.

» In fine ad istanza di D. Rosa con ordinanza del signor presidente della gran corte civile de' 22 del mese stesso furono riuniti nella 2 camera della stessa gran corte civile li suddetti due appelli, ed in tal guisa si portò al 1 febbraro 1821 alla discussione della detta gran corte in 2 camera l' uno, e l' altro appello, ed in grado delle suddette opposizioni

» La gran corte civile di Napoli nel dì 22 febbraro 1822 pronunciò la seguente decisione.

» La gran corte ammette opponenti D. Francescantonio Jodice, e D. Caterina Sozzi madre e tutrice de' figli minori procreati col fu D. Vincenzo Jodice alla decisione contumaciale de' 22 agosto 1821 e pronunziando definitivamente tanto sulle opposizioni quanto sull' appello dagli stessi interposto contro la sentenza del tribunale civile di Napoli de' 30 marzo 1819 rigetta le une, e l'altro.

» Facendo poi dritto all' appello incidente interposto contro la stessa sentenza per parte di D. Rosa Jodice, aggiungendo, dichiara falsa la causa dell' obbligazione contenuta nell' atto autentico de' 10 settembre 1810.

» Dichiara quindi tale obbligazione incapace di effetto alcuno.

» Ordina quindi, che la sentenza di cui è appello abbia il suo pieno ed intiero effetto colle aggiunzioni fatte nella presente decisione.

» Condanna gli opponenti alle spese del giudizio anche in grado di opposizione liquidate in ducati 19. 06 ed il patrocinatore in causa alla multa di carlini sei senza dritto a ripetizione. La esecuzione ai primi giudici.

» Ammette poi opponente D. Rosa Jodice alla decisione contumaciale de' 16 luglio 1821 e facendo definitivamente dritto tanto sulle opposizioni, quanto sull' appello dalla stessa interposto contro la sentenza resa dallo stesso tribunale civile di Napoli il 24 novembre 1820, annulla la cennata decisione e sentenza, rigetta la terza opposizione prodotta per parte del Comune di Massalubrenze contro la sentenza resa dal tribunale di Napoli il dì 30 marzo 1819; ordina quindi che la cennata sentenza abbia il suo pieno, ed intero effetto anche negl' interessi del cennato comune.

» La multa negl' interessi degli appellanti rimessa.

» Condanna il suddetto Comune di Massalubrenze alla multa di ducati 12 ed alle spese dello intero giudizio liquidate in ducati 67 88.

» La esecuzione a' primi giudici.

,, Di questa decisione si è chiesto l' annullamento dal sindaco di Massalubrenze per li seguenti motivi.

,, 1. Si sostiene di essersi violato l' articolo 1070 delle leggi civili, poichè la gran corte dopo la esposizione di poche idee, ha stabilito come fatto indubitato il concorso del dolo per parte de' zii nella convenzione de' 10 settembre 1816 dichiarandola nulla anche nell' interesse di esso Comune; che questo raziocinio basato sulla sola età minore di D. Rosa non sia legale, poichè il dolo non si presume, ma deve provarsi, come prescrive l' articolo suddetto, e la pruova non sorge da veruna circostanza, nè si è fatta a norma della legge.

,, 2. Dicesi, che la suddetta decisione non sia conforme, nè dipendente dall' articolo 1085 delle leggi civili, perciocchè coll' essersi adottato per principio, che la causa di detta convenzione era falsa perchè in contraddizione del testamento di Antonio Jodice, e dell' alberano de' 10 aprile 1806 siasi equivocato, dacchè la causa falsa è la stessa che la non vera, ma non mai può dirsi non vera, perchè non si uniforma ad altri precedenti contratti, ma causa diversa, e non già falsa; e perciò rinvenendosi nel contratto suddetto cause diverse da quelle che si leggono nell'alberano, e nel testamento, e non falsa, ne ridonda la contraddizione all' articolo suddetto.

,, 3. Violato infine l' articolo 1292 per

essersi nella decisione impugnata adottato il principio di non potersi giammai verificare la convalida delle obbligazioni senza causa, nell' atto che espressamente nell' enunciato articolo si prescrive, che tutte le obbligazioni suscettive di nullità, possono essere confermate con atti posteriori, o con atti di esecuzione, che si uguagliano a quelli di conferma, ed in tal modo come la stessa legge vuole s' intende legalmente prodotta la rinunzia a' mezzi, ed all' eccezioni, che poteano opporsi all' atto; di modo che esistendo infiniti atti di esecuzione data da D. Rosa alla convenzione suddetta ne ridondi l' offesa dell' articolo 1292.

,, Nè dee tralasciarsi che dal Comune istesso nel dì 13 del corrente mese di febbraro si sono proposti altri quattro mezzi ampliativi de' già prodotti che fan rilevare delle altre violazioni di legge.

,, Finalmente l' avvocato di D. Rosa Jodice con atto di difesa ha risposto a mezzi dell' enunciato ricorso.

,, Udito il rapporto ec.; ed inteso il pub. minist. che dopo aver manifestate le sue osservazioni tendenti al rigetto del mezzo relativo alla validità dell' instrumento del 1810, si è poi rimesso al giudizio del collegio per ciò che riguarda la ratiabizione di quell' atto, che si crede posteriormente avvenuta.

,, La suprema corte deliberando nella camera del consiglio:

,, Vista la decisione: visto il ricorso:

,, Ha considerato, che se non può dubitarsi, che D. Rosa Jodice nel dì 10 settembre 1810 epoca del controvertito instrumento era minore, e venne abusivamente portata come maggiore sulla fede di battesimo di un' altra Rosa Jodice figlia dello stesso di lei padre D. Salvatore nata, e morta prima della nascita di essa D. Rosa, la quistione riducesi, non già nel conoscersi della validità del mentovato instrumento, ma nel valutare l' efficacia di alcuni atti di D. Rosa divenuta maggiore, da' quali il ricorrente trae, che dalla esecuzione volontaria dell' instrumento medesimo ne sia ridondata la ratiabizione.

,, Che guardata la controversia sotto questo aspetto, e precisamente ogni altra operazione, è fuori di dubbio che allorchè pochi giorni dopo la morte di D. Salvatore Jodice l' instrumento suddetto venne stipulato, il testamento del fu di lei avo Antonio Jodice non erasi aperto, nè pubblicato, e che dall' essersene posteriormente conosciuto il tenore, si manifestò che l' erede universale di Antonio erano D. Salvatore, e D. Francescantonio, e che Vincenzo non era stato istituito che nella legittima tassata dal testatore stesso, e soddisfatta in vita dello stesso D. Salvatore.

,, Che se questo testamento era il principio, e dallo stesso dipendea e la comunione tra' fratelli dopo la morte del padre, e la dichiarazione di essere comuni fra essa D. Rosa, ed i suoi zii reverendo D. Francescantonio, e D. Vincenzo Jodice tutt' i beni tanto mobili che stabili, crediti, negoziati ed affitti, tanto in testa del detto Antonio, che di D. Salvatore padre di D. Rosa, e di appartenerne rispettivamente una terza parte a ciascuno di essi, ne segue, che tutto l' instrumento ebbe per base ciò che in realtà era tutt' altro.

» Che il testamento di Antonio sebbene non pubblicato all' epoca dell' instrumento suddetto nondimeno il tenore di esso non era ignoto a D. Francescantonio, e D. Vincenzo i quali per la legittima di Vincenzo l' aveano unitamente al fu D. Salvatore eseguito; e ciò non ostante nell' essersi detto nell' instrumento, che tutto spettava a' tre fratelli per terza parte, si aggiunse »» non ostante qualunque dichiarazione fatta vi fosse in contrario, e qualunque disposizione fatta dal detto fu Antonio alle quali *quatenus opus* le parti rinunciano, e si contentano che siano in proprietà di ciascuno de' tre dichiaranti per rate uguali. »»

» Donde segue che D. Rosa nel detto instrumento a prescindere anche che era minore, e si fece apparire maggiore, senza dubbio rinunciò alla disposizione di suo avo, e che come si è accennato, era il fondamento della convenzione, non *inspectis tabulis*.

,, Ed essendo questa una convenzione, ed una rinunzia abborrita mai sempre, e fulminata dalle leggi, abusivamente, nella

mancanza di una ratifica formale eseguita da D. Rosa divenuta maggiore ed a termini della legge, si sostiene di essersi dalla stessa ratificato un atto cotanto vizioso per via di congetture che si è tentato di trarre dagli atti che il ricorrente invoca; e ciò prende forza maggiore dal vedersi che D. Rosa ritenea tuttavia in testa sua i beni fondi di suo padre, nè venne a destarsi che dal pignoramento che se ne fece dal Comune di Massalubrenze per lo suo credito contro gli eredi del fu D. Antonio Jodice, ond'è che per siffatti principj il ricorso debba essere rigettato.

,, Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna la ricorrente alle spese liquidate in ducati 10 oltre il costo della spedizione. ,,

» §. 9. Quando i minori, gl' interdetti o » le donne maritate, sono ammessi in tale » qualità ad essere restituiti contro le loro » obbligazioni, non si può pretendere il » rimborso di ciò che loro sia stato pagato » in conseguenza di tali obbligazioni nel tem» po della minor età, della interdizione o » del matrimonio, se non quando venga pro» vato che il pagamento fu convertito in lo» ro vantaggio. *Art.* 1266. *Leg. civ.*

L'imperatore Antonino consagrò egualmente il principio, che quegli il quale è restituito in intero non dovendo risentire alcun danno, non debba del pari godere un lucro in discapito altrui.

» Qui restituitur in integrum, sicut in damno (*et ideo datur restitutio*) morari non debet, ita nec in lucro (*scilicet faciendo cum alterius jactura*: *vel dic in lucro quod non potuit consequi sine aliena jactura*); et ideo quicquid ad eum (*scilicet minorem locupletiorem*) pervenit, vel ex emptione, vel ex venditione, vel ex alio contractu hoc debet restituere. *l.* 1. *Cod. de reputationibus quae fiunt in judicio in integrum restitut.*

Casus. Minor si vult restitui, sicut in damno morari non vult, ita neque in lucro morari non debet: si ergo rem vendidit, et vult restitui, refundat quod accepit, eodem modo si emit, vel alias contraxit. »

» §. 10. I maggiori non sono restituiti » per causa di lesione se non nè casi e sot» to le condizioni specialmente espresse in » queste leggi civili. *Art.* 1267. *Leg. civ.*

I casi ai quali si riporta questo articolo per la lesione dei contratti dei maggiori sono il dolo, la violenza, l' errore - Vedi *Contratto* §. 4. 5. 6. 11. e 12.

Per la rescissione in materia di divisione Vedi *Divisione* §. 38.

Per la rescissione della vendita per causa di lesione vedi *Vendita* §. 94.

» §. 11. Quando si sono osservate le for» malità richieste riguardo a' minori o agl' » inierdetti sia nell' alienazione degl' immo» bili, sia in una divisione di eredità, essi » sono considerati relativamente a questi atti, » come se gli avessero fatti nella maggior » età o prima della interdizione *Art.* 1268. » *Leg. civ.*

Vedi *Divisione* §. 22.

» RESISTENZA ALLA FORZA PUB» BLICA. §. 1. Ogni attacco o restistenza con violenza o per via di fatto; che » non abbia però i caratteri di violenza » pubblica, contro gli agenti ministeria» li, contro gl' individui legittimamente inca» ricati di un pubblico servizio, o contro » gli agenti della forza pubblica, commesso » in atto che alcuno di essi agisce per la ese» cuzione di leggi o di ordini della pubbli» ca autorità, se vien commesso da una o » due persone, sarà punito col primo al » secondo grado di prigionia; se vien com» messo da tre o più persone, sarà punito » col secondo al terzo grado della stessa pe» na di prigionia: salva alle parti l'azione » pe' danni ed interessi per la non eseguita » esecuzione contro coloro che avranno resi» stito. *Art.* 178. *Leg. pen.*

L' opporsi alla esecuzione de' giudicati fu dal dritto romano dichiarato delitto di pubblica violenza.

Così Ulpiano.

» Qui dolo malo fecerit, quo minus judicia tuto exerceantur, aut judices, ut oportet, judicent, vel is qui potestatem, imperiumve habebit quam ei jus erit, decernat;

imperet, faciat (*scilicet tenetur leg. julia de vi pub.*) *l.* 10. *D. ad leg. jul. de vi pub.*

Casus. Qui dolum commisit, ut judicia non procedant tute, vel ut judex male judicet, vel ut potestas aliter quam sit jus decernat, tenetur hac lege julia. »

Nella suprema corte di giustizia con decisione de' 28 aprile 1823 venne adottato in massima, che il resistersi per via di fatto ad individui incaricati del pubblico servizio, anche amministrativo, costituisce un reato, preveduto dall'articolo 178 delle leggi penali.

» *Fatto.* Nel comune d'Isernia per esecuzione di una deliberazione presa da quel decurionato nel dì 11 frebbajo del corrente anno 1822, deliberazione autorizzata dall' intendente della Provincia, si era fatto acquisto di taluni riverberi per rendere illuminato il paese in tempo di notte. Incaricato di una tale operazione colla deliberazione medesima fu principalmente il sindaco, a cui si aggiunsero i quattro decurioni D. Vincenzo Cimorelli, D. Romualdo de Santis, D. Teodoro Delfini, e D. Gaetano d'Apollonio a solo oggetto di apprestargli un ajuto nella effettuazione dell'opera. Tutto era all'ordine, quando nel 18 del prossimo scorso mese di ottobre il fabbricatore Raffaele Prisco per incarico ricevuto dal sindaco D. Vincenzo Iadopi, imprese a formare de' buchi in un muro della casa del proprietario D. Domenico d'Apollonio per fissarvi uno de' riverberi. Il signor d'Apollonio facendo osservare, che una tale novità gl'impediva di poter cacciare un palcone, di cui aveva bisogno la casa, ottenne l'accesso del sindaco. Questi trovando ragionevole la di lui domanda, ordinò al frabbricatore di situare il riverbero nell'angolo della casa opposta appartenente all'altro proprietario D. Gio. Battista Melogli. Costui fece anch'egli delle difficoltà, che sottoposte al sindaco furono accolte del pari. Intanto siccome l'opera dovea effettuirsi, il sindaco dispose, che si fosse alzata una trave sulla strada accanto alla detta casa del signor Melogli, sulla quale trave si fosse attaccato il riverbero. Ciò nè anche fu di soddisfazione del signor Melogli, poichè egli diceva, che la sua casa a tal modo poteva essere spiata facilmente, o venir sorpresa da' ladri. In mezzo a' contrasti, che passavano tra lui, ed il fabbricatore Prisco, arrivò un tale D. Teofilo Liberatore, che annunziandosi per un incaricato del sindaco signor Iadopi principiò a minacciarlo, ed a caricarlo d'ingiurie, chiamandolo tra le altre cose *assassino.* Un tal D. Gaetano Correale, che si trovò a passare per quel luogo imprese a rimproverare il Liberatore del suo cattivo precedere. Una briga si accese allora tra questi due, nella quale presero parte D. Luigi Magnante, D. Gennaro Laurelli, e D. Lonardo Andreti. In tale atto sopraggiunse il sindaco istruito del rumore, che si faceva sulla strada. Le prime sue mosse furono quelle di allontanare i rissanti, riprendendo sopratutto il signor Liberatore per essersi rivestito di una facoltà, che non gli avea accordata. In seguito rivoltossi al signor Melogli, prima colle buone, e quindi in tuono autorevole gli fe comprendere, che in quel sito assolutamente dovea piantarsi la trave. Melogli sostenendo il contrario insisteva, che il fanale dovea situarsi nel muro della casa Apollonio. Fu allora che il sindaco diede ordine ad un gendarme ausiliario, che si trovava sul luogo di chiamare i compagni. Questi accorsero in numero di quattro comandati da un caporale delle armi. A costui venne dato oralmente dal sindaco il seguente incarico « di assistere il fabbricatore, perchè si piatasse nella strada la trave, arrestando in nome della legge chiunque si fosse opposto al fabbricatore anzidetto. » Essendosene quindi partito, il fabbricatore volendo scavare il fosso principiò a far uso del martello. Melogli continuando a sostenere, che non poteva permetterlo, aggiunse alle parole una opposizione di fatto, situandosi talora colla persona sul punto controverso, e spingendovi taluni, ed altra volta l'ombrella: in questo stato i gendarmi gli ordinarono di allontanarsi. Melogli rispose loro ne' seguenti termini - » Io non voglio, che si faccia novità nel mio: non lo permetterò giammai: non conosco voi, nè il sindaco. » Ciò diede luogo al di lui arresto, nella cui esecuzione i gendarmi stessi gli cagionarono talune lievi percosse. Il sindaco avendo ricevuto al momento l'avviso di

tale esecuzione se ne mostrò dispiaciuto, e battendosi con una mano la fronte esclamò nel seguente modo: » oh! che hanno fatto i gendarmi. »

» Dietro querela di Melogli essendosi compilato un processo, e trasmesso alla gran corte criminale di Molise il pub. minist. presso la stessa con requisitoria de' 29 dicembre 1822 osservando, che Iadopi avea comandato colla qualità di sindaco un atto arbitrario contra la libertà individuale, e contra i dritti civili di D. Gio. Battista Melogli per soddisfare una passione, ed un suo interesse; che i gendarmi aveano eseguito l'atto arbitrario con percosse, e ferite lievi in persona del ridetto signor Melogli; che un tale reato era previsto dagli articoli 234 delle leggi penali, e 5 della legge de' 19 ottobre 1818 dimandò 1. d'inviarsi gli atti a S. E il ministro di grazia, e giustizia per impetrare l'autorizzazione a procedere contro del sindaco Iadopi: 2. di spedirsi mandato di arresto contro i gendarmi.

» La gran corte con decisione de' 16 dicembre 1822 considerò 1. Che il sindaco essendo incaricato di fare eseguire i decreti, i regolamenti, e gli ordini, che gli vengono comunicati dal sottointendente, può disporre della forza pubblica in conformità degli articoli 11 e 12 della legge de' 12 dicembre 1816 2. Che le disposizioni prese dal decurionato d'Isernia circa la situazione de' fanali con approvazione superiore conteneva precisamente gli ordini, di cui si parla nell'articolo 56 della legge suddetta 3. Che essendosi Melogli opposto alla esecuzione degli ordini anzidetti senza avere alcun dritto sulla strada pubblica, ove il sindaco voleva far situare il fanale, era nella facoltà di costui d'invocare la forza: 4. e che le disposizioni del sindaco non riguardarono la persona del signor Melogli, ma furono generiche, ed in termini condizionati. Quindi dichiarò non esservi luogo a spedizione di mandato di arresto contro del sindaco Iadopi; per avere agito in conformità delle leggi, e del regolamento. Rispetto a' gendarmi poi osservando, che il processo offriva, ch' essi fossero imputati soltanto di percosse, sopraffazioni, ed altri eccessi consumati nell'atto dell'arresto del signor Melogli, reati punibili correzionalmente, ordinò di rimettersi gli atti al giudice del circondario perchè avesse dato luogo al corrispondente giudizio.

,, Contro di questa decisione si è prodotto ricorso per annullamento tanto dal minist. pub. presso la detta gran corte che dalla parte civile.

,, Il pub. minist. col suo ricorso sostiene, che dal fatto di sopra accennato risulti 1. di avere il sindaco Iadopi in qualità di pubblico funzionario commesso un atto arbitrario per soddisfare una sua passione, punibile a' termini dell' articolo 234 delle leggi penali: 2. di avere i gendarmi eseguito anch' essi un atto arbitrario arrestando un cittadino senza alcun ordine in iscritto dell'autorità competente, e giungendo fino alle percosse, e ferite contra l' arrestato.

,, Il signor Iadopi ha opposto la irricettibilità de' ricorsi 1. perchè non gli erano stati intimati: 2. perchè gli atti non erano stati trasmessi alla corte suprema nel termine di un mese: 3. perchè quello della parte civile non era accompagnato da deposito.

,, Udito il rapporto: ec. ec., ed inteso l' avvocato generale Vecchioni, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto di dichiararsi irricettibile il ricorso della parte civile, e di rigettarsi il ricorso del pub. minist.

,, La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

,, Visti gli atti: vista la decisione: visti i ricorsi;

,, Considerando, che l' esercizio dell' azione civile è una parte dell' ordinato procedimento ne' giudizj penali; che pel decreto de' 19 ottobre 1818 non si può procedere al giudizio di un sindaco per reati commessi nell'esercizio delle sue funzioni senza l' autorizzazione del governo; e che in conseguenza nell' esame delle opportunità di provocarsi siffatta autorizzazione, il quale è unicamente di dritto pubblico, la parte civile non può mai intervenire.

,, Dichiara il ricorso del querelante irricettibile:

,, Relativamente poi al ricorso del pub. minist.

,, Considerando, che l' oprato del signor Melogli presenta una resistenza per via di fatto ad individui legittimamente incaricati di un pubblico servizio, reato preveduto dall' articolo 178 delle leggi penali; che in conseguenza i gendarmi, anche senza alcun' ordine del sindaco, lo avrebbero legittimamente arrestato, stante l' articolo 101 delle leggi di procedura penale; che gli ordini del sindaco per la stessa ragione furono legittimi anzichè ricadere ne' termini dell' articolo 234 delle leggi penali; e che se i gendarmi eccedettero nella esecuzione, l'eccesso deve giudicarsi dal giudice dichiarato competente.

,, Rigetta il ricorso. ,,

» §. 2. Se nel caso preveduto nell' arti-
» colo precedente vi ha chi impugni un' ar-
» ma propria nell' atto dell' attacco o resi-
» stenza, o chi sia preso con un' arma pro-
» pria, anche nascosta, nel luogo medesi-
» mo dell' attacco o resistenza, questi allora
» sarà punito colla reclusione. *Art.* 179. *Leg.*
» *pen.*

Con decisione de' 17 luglio 1822 la corte suprema di giustizia stabilì la massima, che se per dichiararsi alcuno colpevole di resistenza alla forza pubblica con arma propria, dev' egli risultare asportatore dell' arma stessa, viene ad elevarsi ad eguale qualità di reato colui, che resiste con arma propria acquistata nel momento della resistenza da qualunque altra persona, quantunque non correa del medesimo reato.

» *Fatto.* Una pattuglia di dodici individui della guardia civica, guidata dal capoposto Sabino Saranza, era impegnata a mantenere il buon ordine nel villaggio di Picarelli nel dì 12 agosto 1821, giorno, in cui celebravasi la festività del Santissimo Redentore. Verso le ore tredici D. Gabriele, e D. Modestino Melillo, Antonio la Bruna, Aniello Preziosi, Giuseppe, ed Antonio Spagnuolo, Filippo Festa, ed altri divertivansi al canto d'indifferenti canzoni, suonandosi dallo Spagnuolo la chitarra, e dal Festa un tamburro. La guardia civica volle seguirli per osservarne la condotta, tanto più, che la maggior parte eran conosciuti per carbonari. Essi allora cambiarono il canto, e cominciarono a dire - *È giorno, e fa notte, e sti lupariclli e sti cicchi, che vengono appresso a nu i.* Dispiaciuta la civica di queste espressioni, che giudicò offensive per essa, e pel governo, il capoposto fece cadere a terra il tamburro, che suonava Filippo Festa. Allora i cantatori assalirono i civici, percuotendoli co' loro bastoni, ed Aniello Preziosi avendo disarmato il civico Pasquale Sgrosso del fucile, che asportava, l' impugnò contro l'altro civico Salvatore Iannaccone; ma nel momento stesso gli fu tolto da Iacopo Nazzaro, che vi era sopraggiunto, e lo restituì allo Sgrosso.

» Compilate le analoghe istruzioni, ed arrestati, dietro mandato di arresto spedito dalla gran corte criminale di Avellino, tutt' i menzionati individui, quattro di essi, cioè Francesco Melillo, Giuseppe ed Antonio Spagnuolo, ed Antonio la Bruna furono dalla stessa gran corte in seguito di requisitoria del pub. minist., messi in libertà provvisoria.

» Posteriormente gli altri detenuti Modestino, e Gabriele Melillo, Filippo Festa, ed Aniello Preziosi domandarono di dichiararsi la loro causa di competenza correzionale, e quindi estinta l' azion penale in virtù della reale indulgenza. Il pub. minist. annuì alla detta domanda per tutti i detenuti, menochè per Aniello Preziosi. Ma la gran corte con decisione de' 16 aprile del corrente anno 1822 considerò, che sebbene il detto Preziosi nell' atto della resistenza alla forza pubblica avesse impugnata un' arma propria, pure quest' arma non essendo da lui asportata, perchè presa nel momento dalle mani di un' individuo della medesima forza pubblica, non concorrevano sul di lui conto quelle circostanze, che a senso dell' articolo 179 delle leggi penali elevano a misfatto il delitto di semplice resistenza, contemplato dal precedente articolo 178. Dichiarò quindi la causa di competenza correzionale anche sul conto di detto Preziosi, ed ordinò, che lo stesso, come gli altri, fosse messo in libertà, essendo estinta l' azion penale in forza del real decreto de' 13 marzo 1822.

» Di questa decisione per la parte, che riguarda il solo Aniello Preziosi, il pubblico

minist. presso la detta gran corte criminale ha chiesto l'annullamento con ricorso diretto a sostenere: che dall'articolo 179 delle leggi penali si fulmina la pena della reclusione contro colui, che ne' casi di resistenza alla pubblica forza, previsti dal precedente articolo, impugni un'arma propria, e che sia preso con arma propria anche nascosta nel luogo medesimo dell'attacco, o resistenza. Che questi due casi non possono fra loro confondersi, essendo diversa la impugnazione dell'arma, e la sorpresa con arma propria nascosta. Che nel primo di essi il legislatore avendo in termini precisi parlato d'impugnazione di arma senza far parola di asportazione, e senza incaricarsi del come al colpevole sia pervenuta, non può il giudice esigere la detta asportazione, sostituendo le volontà private alla volontà espressa del legislatore, e che essendo provato, che contro la guardia civica di Picarelli incaricata di un pubblico servizio, a' termini dell'articolo 178 delle leggi penali, vi fu attacco, e resistenza da un numero di più di tre persone, e che costui nell'atto dell'attacco, e resistenza impugnò un'arma propria, ne segue, che lo stesso commise un reato di alto criminale previsto dal citato articolo 179 e che la gran corte avendolo dichiarato correzionale, ha vulnerata la suddetta disposizione di legge.

» Udito il rapporto, ed inteso l'avvocato generale Vecchioni, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto l'annullamento della decisione.

» La corte suprema di giustizia deliberando ec. Vista la decisione: visto il ricorso. Visti gli articoli 178 e 179 delle leggi penali così concepiti.

» 178. - Ogni attacco o restistenza con violenza, o per via di fatto, che non abbia però i caratteri di violenza pubblica, contro gli agenti ministeriali, contro gli individui legittimamente incaricati di un pubblico servizio, o contro gli egenti della forza pubblica; commesso in atto, che alcuno di essi agisce per la esecuzione di leggi, o di ordini della pubblica autorità, se vien commesso da una o due persone, sarà punito col primo al secondo grado di prigionia.

» 179. - Se ne' casi preveduti ne' due articoli precedenti vi ha chi impugni un'arma propria nell'atto dell'attacco, o resistenza, o chi sia preso con un'arma propria, anche nascosta, nel luogo medesimo dell'attacco o resistenza, questi allora sarà punito colla reclusione.

» Adottando le osservazioni del pub. minist. presso la gran corte giudicatrice nel suo ricorso. - Considerando, che la stessa gran corte diede al trascritto articolo 179 una erronea interpetrazione, poichè mentre in detto articolo il delitto di semplice attacco e resistenza alla pubblica forza contemplato dal precedente articolo 178 si eleva a misfatto per colui, che nell'atto dell'attacco o resistenza *impugni un' arma propria*, essa a queste semplici, e chiare disposizioni di legge ha voluto aggiungere una circostanza estranea alle medesime, cioè, che l'arma fosse asportata da colui, che la impugna, senza fare attenzione, che il Preziosi commise due reati invece di uno, il primo disarmando un'individuo della pubblica forza, il secondo coll'impugnare l'arma tolta contro alla stessa forza pubblica; ond'è, che chiara sia la violazione dell'articolo 179 di sopra trascritto.

» Per tali considerazioni annulla la suddetta decisione ec. »

» §. 3. Quante volte nel corso de' reati
» preveduti ne' due articoli precedenti inter-
» venga un'altro reato, allora la pena do-
» vuta all'attacco o alla resistenza si con-
» fronterà con quella dell'altro reato; e con-
» tro al colpevole verrà applicata la pena
» più grave, non mai però nel minimo del
» grado. *Art.* 180. *Leg. pen.*

La massima è dettata dall'imperatore Costantino.

» Quoniam multa facinora sub uno violentiae nomine continentur (*ut damni datio*, *injuria*, *vulnerum illatio*, *et homicidia*) cum aliis vim inferre certantibus (*in possessione praedii auferenda*) aliis cum indignatione resistentibus, verbera, caedesque crebro deteguntur admissae, placuit si forte quis, vel ex possidentis parte, vel ex ejus qui possessionem temerare tentaverit interempus sit; in eum supplicium exerceri qui vim facere

tentaverit, et alterutri parti causam malorum praebuerit, et non jam relegatione (*quae est poena legis Juliae de vi privata*) aut deportatione (*quae est poena publicae violentiae*) insulae plectatur, sed supplicium capitale excipiat; nec interposita provocatione sententiam, quae in eum fuerit dicta, suspendat. *l.* 6, *Cod. ad leg. Jul. de vi pub.*

Casus. Possidebam quoddam praedium: tu illud invasisti, et ego tibi resistebam. In illo conflictu aliquis interfectus est vel ex parte mea, vel ex tua: quam poenam pati debeas, quaeritur? Et respondetur, quod poenam capitis, non deportationis, vel relegationis, nec audieris appellantem. „

» §. 4. La resistenza o l'attacco preve-
» duto nell'articolo 178 se viene accompa-
» gnato da pubblica violenza sarà punito col
» primo grado de ferri. *Art.* 181. *Leg. pen.*

La pubblica violenza di cui fa menzione il presente articolo è definita dall'articolo 147 delle leggi penali; cioè quando l'attacco o la resistenza vien commessa da un numero non minore di tre individui riuniti all'oggetto, de' quali due almeno sieno portatori d'armi proprie.

Intanto coll'art. 148 compresi sotto il nome di *armi* tutti gli strumenti, tutti gli utensili incidenti, perforanti, e contundenti, e comprese sotto il nome di *armi proprie* quelle la di cui destinazione principale ed ordinaria è la difesa propria o l'altrui offesa, è questione se due degl'individui riuniti per resistere fossero muniti di bastoni costituiscono il caso della pubblica violenza. Dufour nel comentare l'articolo 214 del codice penale francese si decide per la negativa. » I bastoni semplici, ei dice, sono da considerarsi come mezzi di sostegno per coloro, che li portono, e come strumenti che non possono incutere timore alcuno, perchè non sono di tal natura da poter opporre ad essi gli utensili o strumenti incidenti, perforanti o contundenti. L'uso che può farsene è quello di battere qualcuno ». Verrei ad essere tacciato di severità se mi attenessi a contraria opinione. La distinzione ammessa dall'indicato articolo 148 su le *armi* e le *armi proprie* sembra tale da non escludere il carattere della pubblica violenza. Questi bastoni semplici adoperati nella resistenza possono offendere? Ecco il requisito considerato dalla legge. Sono dunque *armi proprie.* Nondimeno valutando le diverse circostanze che talora possono incontrarsi nella ipotesi di questo misfatto, è mestieri distinguere la inazione in cui siano quelli che muniti di tali bastoni veggonsi uniti agl'individui che resistono, dalla parte attiva che dessi prendono nella resistenza. Nel primo caso il niun timore che possono incutere uomini così armati, allontana ogni qualunque idea di pubblica violenza. Prevale allora l'avviso dell'illustre comendatore francese. Nel secondo caso se individui decisi a resistere spiegano un carattere ardimentoso contro gl'individui incaricati di un pubblico servizio o contro gli agenti della pubblica forza, e adoprano nell'atto stesso i loro bastoni con offendere, non è allora il caso della violenza pubblica? È adunque abbandonato al calcolo del magistrato il definire, per mezzo delle circostanze concorse nel misfatto, se l'uso dei semplici bastoni sia valevole ad elevare a pubblica violenza la semplice resistenza considerata nel premesso articolo 181 delle leggi penali. Ogni altro modo di giudicare o favorirebbe la impunità de' colpevoli, o attribuirebbe all'autorità della legge una intelligenza severa.

Dee osservarsi d'altronde con Ulpiano, che gl'individui dei quali si fa parola non ammettano alcuna differenza su la loro qualità personale, cioè sieno servi, o sieno estranei di colui che mostra un interesse maggiore a sostenere la resistenza; basta solo che sieno riuniti al fine di resistere.

» Homines coactos accipere debemus ad hoc coactos, ut damnum daretur; neque additur quales homines, qualescunque igitur sive liberos, sive servos. Sed et si unus homo coactus sit, adhuc dicemus homines coactos. Item si proponas solum (*hominem unum*) damnum dedisse (*cum tamen ad damnum plures fuerunt coacti*) non puto deficere verba. Hoc enim quod ait, hominibus coactis, sic accipere debemus, ut sive solus vim

fecerit, sive etiam hominibus coactis, vel armatis, vel inermibus hoc edicto tenetur. *l.* 2. §. 3. *D. de vi bonor. raptor.*

,, §. 5. In caso di altri misfatti commes-
,, si nel corso del misfatto preveduto nell'
,, articolo precedente, la pena di essi sarà
,, accresciuta di un grado; e confrontata
,, questa colla pena dovuta all'attacco o al-
,, la resistenza col carattere di violenza pub-
,, blica, si applicherà sempre la pena più
,, grave. *Art.* 182. *Leg. pen.*

Il misfatto che vien commesso nel corso della resistenza si rende comune per tutti coloro i quali sono riuniti per resistere, ovvero è da punirsi in persona di quel solo che ne divien colpevole? Ulpiano nella qualità dell'azione vedeva solo la pubblica violenza. *Si quis homines non ipse coegerit sed inter coactos ipse fuerit, et quid aut rapuerit, aut damni dederit hac actione tenetur. L.* 2 §. 5 *D. de vi bon. rapt.* Ma esaminata la questione colle teorie della complicità, la soluzione è precisa. Prese a calcolo le parti che ciascuno spiega nell'altro misfatto sia nella cooperazione sia nella scienza dal misfatto stesso, l'applicazione della pena seguirà quella misura di dolo che la legge ammette nei coagenti colpevoli. Vedi *Complicità* §. 2. *Comitiva armata* §. 2.

,, §. 6. Non sarà pronunziata alcuna pe-
,, na per lo solo fatto di resistenza o attac-
,, co mentovato negli articoli 178. e 181.
,, (§. 1. e 4.) contro coloro i quali ben-
,, chè abbiano tentato di mettersi, o si sie-
,, no messi in azione, pure al primo avver-
,, timento siensi ritirati dalla ulteriore ese-
,, cuzione del reato: salve però le pene pe'
,, reati che han potuto essere commessi, e
,, salva ancora l'esecuzione dell'articolo 157
,, pe' capi di comitiva. Nel caso dell'esen-
,, zione della pena, i colpevoli potranno
,, essere sottoposti alla malleveria. *Art.* 183.
,, *Leg. pen.*

Vedi. *Comitiva armata* §. 4.

,, §. 7. Le disposizioni degli articoli pre-
,, cedenti sono comuni agli attacchi o alle
,, resistenze accompagnati da violenze o mi-
,, nacce contra gli officiali pubblici in esercizio
,, o per occasione dell'esercizio delle loro
,, funzioni, o contra gli officiali o agenti
,, della polizia o della forza pubblica quante
,, volte sieno commessi
,, 1. dagli artieri o lavoranti a giornata
,, nelle officine pubbliche di arti o mani-
,, fatture:
,, 2. dagl'individui ammessi ne' pubblici
,, ospizj:
,, 3. dai prigioni, incolpati, accusati o
,, condannati, benchè nell'atto del misfatto
,, non si trovino ne'luoghi di pubblica cu-
,, stodia. *Art*, 184. *Leg. pen.*

Le ipotesi riunite in quest'articolo danno un'idea precisa della cospirazione, che specialmente i detenuti provocano per scuotere il freno dalla dipendenza, e frangere i loro legami. Callistrato inoltre vuole che sia unito alla cospirazione il fatto, che la dimostri, e vede colpevoli di questo reato anche quelli che ristretti siano per essere innocenti.

» In eos qui cum recepti essent in carcerem conspiraverint (*id est se invicem sub silentio adstrinxerint*) ut ruptis vinculis, et effracto carcere evadant, amplius quam causa ex qua recepti sunt, reposcit, constituendum est, et quamvis innocentes ex eo crimine inveniantur, propter quod impacti (*immissi vel impulsi*) sunt in carcerem, tamen puniendi sunt (*non qua poena sed videtur referre se ad poenam ejus criminis pro quo erat ibi, ut sic habeatur pro confesso*) Eos vero, qui conspirationem eorum detexerint, relevandos. *l.* 13. *D. de custodia, et exhib. reor.*

Casus. Plures erant capti, et in una turri reclusi. Isti capti fecerunt conspirationem, ut rupto ostio carceris, vel fracto muro fugerent: si hoc constat praesidi faciet eos arctius custodiri, et puniet eos ob hoc, licet non videantur culpabiles etiam de delictis de quibus erant accusati; et ille captorum qui hoc manifestabit, relevabitur a poenis impositis aliis captis. *Fran.*

Nella ipotesi di questo articolo gl'incolpati, ed accusati sono colpevoli di reiterazione, e i condannati sono colpevoli di recidiva? In riguardo ai primi convien distinguere: se essi sono incolpati, ed accusati anche di resistenza alla forza pub-

blica, secondo il nostro avviso, è allora il caso di essere considerati come reiteratori; altrimenti soggiacciono a quel grado di pena, che corrisponde al loro reato più grave. Vedi *Reiterazione* §. 1. In riguardo poi ai condannati non vi è luogo a dubbio per la recidiva. La loro condanna precedente sarà di norma al loro secondo giudizio. Vedi *Recidiva* §. 2.

» §. 8. Sarà punito a' termini degli arti» coli precedenti chiunque con cartelli, af» fissi, scritti stampati o discorsi tenuti ne' » luoghi e nelle riunioni pubbliche avrà pro» vocato la resistenza o l'attacco preveduto » negli articoli anzidetti.

» Se tale provocazione non abbia prodot» to effetto, la pena sarà del primo al se» condo grado di prigionia o confino; ma » se il reato provocato portasse per se stes» so a questa pena o a pena minore, si ap» plicherà la pena del reato provocato dimi» nuita di un grado. In ogni caso il colpe» vole potrà essere sottoposto alla malleveria. » *Art.* 185. *Leg. pen.*

Ulpiano distinse il caso della riunione d' individui per resistere dalla resistenza provocata, per cui ne distinse anche la pena.

» Hoc autem edicto tenetur non solum qui damnum in turba dedit, sed etiam is, qui dolo malo fecit ut in turba damni quid daretur, sive illo (*ubi est datum damnum, et sic est adverbium loci*) venerit, sive non fuerit praesens. Dolus enim malus etiam absentis esse potest. Hoc edicto dicendum est, etiam eum teneri qui venit, et in turba fuit auctor damni dandi, si tamen et ipse inter turbam fuit, cum damnum daretur, et dolo malo fuit: nam et hujus dolo malo in turba damni quid factum esse, negari non potest. Si quis adventu suo turbam concitaverit, vel contraxerit, vel clamore, vel facto aliquo, vel dum criminatur aliquem, vel misericordiam provocat: si dolo malo ejus datum sit damnum, etiam si non habuit consilium turbae cogendae tenetur. Verum est enim dolo malo ejus in turbae damni quid datum. Neque enim exigit praetor ut ab ipso sit turba convocata; sed hoc, ut dolo malo alicujus in turba damnum datum sit. Eritque haec differentia inter hoc edictum, et superius (*l.* 2. *eod. in princ.*) quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est, vel raptum etiam non coactis hominibus; at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est, etiam si non ipse turbam coegit, sed ad clamorem ejus, vel dicta (*scilicet ejus*), vel misericordiam turba contracta est, vel si alius contraxit, vel ipse turba fuit. Idcirco illud quidem edictum propter atrocitatem facti quadrupli poenam comminatur, at hoc dupli. *l.* 4. §. 3. *D. vi bonor. raptor.*

Osserviamo inoltre con Dufour che » l'articolo determina di qual genere dev'essere la provocazione. Conviene che sia fatta con discorsi tenuti nei luoghi o riunioni pubbliche, o con cartelli affissi, o con scritti stampati; e conviene inoltre che questi scritti stampati sieno pubblici e notorj, mentre se essi, benchè stampati, non sono usciti dalle mani dei loro autori, non v'è alcun segno di provocazione; vi è però cattivo disegno, e cattiva intenzione. Che perciò non essendovi stata notorietà, la legge non riguarda l'impressione di questi scritti che come un pensiere perverso, per cui non ha potuto far a meno di contare sul ravvedimento e sul pentimento dell'autore.

» Se alcuni voti insensati, o alcuni pensieri criminosi, posti sopra una carta manuscritta, e non portata in giro, non costituiscono la premeditazione, che la legge assimila allo stesso misfatto, con più ragione si può dire qui che gli scritti benchè stampati, se non sono pubblici, non costituiscono in conto alcuno la provocazione alla ribellione, che la legge intende punire.

» Altronde, prendendo l'etimologia della parola, *provocazione*, si vede più chiara la giustezza di questo ragionamento. Essa deriva da *vocare pro aliqua re*, chiamar delle persone per qualche cosa. Quando non v'è stata pubblicità, non ha potuto esservi appello; e quando v'è stata impressione o no, la cosa non cambia natura. Se mi stendessi di vantaggio su tale oggetto, io farei ingiuria ai miei lettori, perchè dubiterei della loro sagacità. *Dufour. Osservazione all' articolo 217 del codice penale francese.*

RICONOSCIMENTO DE' FIGLI NATURALI §. 1. » Il riconoscimento di un figlio » naturale si farà con un atto autentico, quando lo stesso figlio nell' atto di nascita non » sia stato riconosciuto. *Art.* 257 *leg. civ.*

» La disposizione di questo articolo è generale » osserva elegantemente Toullier » e si applica alla madre, egualmente che al padre. Il riconoscimento fatto dalla madre, egualmente che quello fatto dal padre si deve adunque seguire con atto autentico. Ma è nullo o no un riconoscimento fatto sotto scrittura privata?

» Bisogna sulle prime distinguere fra il padre, e la madre. Si conviene generalmente, che il riconoscimento fatto dalla madre in un atto sotto scrittura privata sia valido: che se la scrittura fosse impugnata, il figlio potrebbe farla riconoscere, o verificare in giudizio in contraddizione della madre, e la sentenza proferita produrrebbe gli stessi effetti, che il riconoscimento autentico, per ciò che da una parte l' indagine della maternità è ammessa, e dall' altra l' atto sotto scrittura privata riconosciuto ha la stessa forza, che l' atto autentico, art. 1322 (1276 leg. civ.) Non si può dunque non tener come valido il riconoscimento fatto dalla madre sotto scrittura privata.

» Ma è egli lo stesso del riconoscimento fatto dal padre sotto scrittura privata? Dicendo in generale, che il riconoscimento sarà fatto con un atto autentico, l'articolo 334 (257 leg. civ.) non pronuncia la pena di nullità; esso non è concepito in forma di disposizione proibitiva; e si tiene per principio, che le sole proibitive producono di pieno dritto la nullità degli atti, qualora non sono conformi alle loro disposizioni.

» In oltre secondo l'articolo 1320 (1274 leg. civ.) l'atto, sia autentico, sia per scrittura privata fa egualmente pruova fra le parti. L' articolo 1320 (1276 leg. civ.) aggiunge che la scrittura privata riconosciuta da colui contro cui si produce, o legalmente avuta per riconosciuta, ha *la stessa fede dell' atto autentico* fra quelli che l' hanno sottoscritta; e fra loro eredi ed aventi causa.

» Tali sono in effetti in materia di prova i principj generali, e quante volte il codice ha voluto derogarvi, ha avuto la cura di avvertire, che la disposizione derogata sarebbe osservata sotto pena di nullità. Ed è perciò, che l' articolo 931 (855 leg. civ.) non si è contentato di dire, che tutti gli atti di donazione saranno stipulati avanti notajo, ma aggiunge *sotto pena di nullità.*

» Or questa pena non essendo affatto pronunciata dall' articolo 334 (257 leg. civ.) che ordina, che il riconoscimento si farà *con atto autentico*, sembra aver lasciato il riconoscimento per iscrittura privata nei termini comuni del dritto.

» Nè si potrebbe opporre, che le indagini sulla paternità sono interdette; poichè questa objezione non sarebbe di alcun peso. Il figlio riconosciuto con iscrittura privata non deve cercare il padre suo; questi si è fatto conoscere volontariamente con un atto, che non può rigettare: se egli impugnasse la sua firma, la dimanda di verificazione non sarebbe un indagine sulla paternità; la quistione si ridurrebbe solo a sapere, se il padre ha o nò firmato l'atto che gli si presenta. Un atto autentico può egualmente far nascere questa quistione. L' oratore del governo adduce per motivo della disposizione dell' articolo 334 (257 leg. civ.) che è necessario un riconoscimento autentico perchè le famiglie siano al coverto di ogni sorpresa, ma sono esse forse meno sicure dalle sorprese, quando il riconoscimento è redatto sotto scrittura privata, fatto con riflessione, scritto dal padre, e depositato per esempio, presso di un notajo?

» E finalmente se il riconoscimento fatto con iscrittura privata fosse nullo, esso non darebbe ai figli riconosciuti neppure l'azione per gli alimenti, poichè la paternità è indivisibile; un uomo non potrebbe esser padre per un caso, e non esserlo per un altro: è questo un principio consagrato dalla corte di cassazione.

» Ciò nondimeno la corte suprema ha cassato il 6 maggio 1809 una decisione della corte d' appello di Bordeaux, che avea ordinato la verifica della scrittura del signor Gombault, il quale in una dichiarazione presentata alla municipalità, relativamente all' impronto forzato avea messo nel novero de' suoi pesi una pensione di 1000 lire per Rosalia

sua figlia naturale. Il motivo della cassazione si fu, che una dichiarazione sotto firma privata trasmessa alla municipalità di Bordeaux non era nè un atto emanato da questa municipalità; nè un atto ricevuto da un pubblico uffiziale, che avesse la forza d'imprimergli il carattere di autenticità, tale da poter far fede fino all'inscrizione in falso; e che attribuendo a questa dichiarazione l'effetto di un riconoscimento per atto autentico, si erano violati gli articoli 334 e 1317 (257 e 1271 leg. civ.) del codice civile.

» Nelle considerazioni di una decisione de' 3 settembre 1806 la corte di cassazione credè sufficiente, e conforme all'articolo 334 (257 leg. civ.) il riconoscimento di un figlio naturale fatto a Parigi in un testamento olografo, e lo riputò solenne a tenore dell' articolo 289 della costumanza, che accordava al testatore e l'autorità onde disporre, ed un carattere onde redigere la sua volontà. Il codice civile conferisce al testatore la medesima autorità, e lo stesso potere. Non si può dunque dubitare, che il riconoscimento fatto in un testamento olografo sotto l'impero del codice non sia valido e legale.

» Ma se il testamento olografo non fosse depositato presso di un notajo, o se la data non fosse assicurata in altro modo, non avrebbe la forza di legittimare il figlio naturale pel susseguente matrimonio del suo padre, e della sua madre: poichè ove ciò fosse si lascierebbe il mezzo al testatore di defraudare, con un antidata l'articolo 331 (253 leg. civ.) che non accorda la legittimazione che ai figli naturali riconosciuti prima del matrimonio, o nell'atto della celebrazione, e l' articolo 337 (260. leg. civ.) che non vuole, che il riconoscimento de' figli naturali fatto durante il matrimonio da uno de' conjugi possa nuocere all'altro conjuge, o ai figli legittimi.

Il riconoscimento di un figlio naturale può farsi prima della sua nascità; poichè ogni volta che si tratta del suo interesse, il figlio concepito è riputato nato. L'atto di ricognizione di un fanciullo sarà iscritto sotto la sua data nei registri dello stato civile, e se ne farà menzione in margine dell'atto di nascita, qualora esista, articolo 62 (66. leg. civ.) *Toullier. Corso di dritto civile. Tom. 2. §. 949 a 955.*

D' altronde Delvincourt analizzando l' articolo in esame, discute diverse quistioni. Egli dice.

» Si potrebbe riconoscere un figlio naturale morto? Io penso che sì, purchè tuttavolta egli aveva figli. (Argomento tratto dall'articolo 332 (245. leg. civ.)

» Il riconoscimento potrebb'esser fatto per mezzo di un procuratore? Sì, purchè la procura sia autentica e speciale ad effetto di riconoscere tal fanciullo; ed in questo stesso caso ove colui che ha fatta la procura venisse a morire prima che il riconoscimento si fosse effettuato, si potrebbe pretendere con fondamento che la procura equivale allo stesso riconoscimento.

» Il riconoscimento di un figlio naturale può forse essere tacito? Sì, purchè l'atto da cui si fa risultare sia autentico; se per esempio un uomo stipulando un atto con altra persona, le da o le lascia prendere nell' atto la qualità di suo figlio naturale.

» Il riconoscimento per atto di ultima volontà è valido? Sì, se il testamento è mistico, o per atto pubblico, poichè in questo caso è autentico. Altrimenti però se sia olografo. Ciò avrebbe potuto soffrire qualche difficoltà riguardo al testamento olografo, secondo la consuetudine di Parigi, che lo riputava *atto solenne*. Ma questa disposizione non essendo stata conservata nel codice, il testamento olografo è ritenuto nella classe de'semplici atti di privata scrittura.

» *Quid* se una persona ha scritto all'uffiziale dello stato civile, che tal fanciullo è suo figlio, e che la lettera sia stata riportata nell'atto di nascita, o vi sia stata annessa; ciò equivarrebbe mai ad un autentico riconoscimento? Si è giudicato affermativamente a Bruxelles, li 11 luglio 1808. E la stessa dottrina pare consacrata in uno de'motivi dell'arresto reso dalla cassazione li 11 agosto dell'anno stesso. (Sirey 1808 1. parte pag. 499). Io non posso abbracciare questa opinione. In fatti qual'è stato il fine del legislatore nell'esigere un atto autentico? Alcu-

ni, nel numero de' quali è il signor Proudon, ha detto ciò provenire perchè lo stato delle persone doveva essere immutabile, e che non era permesso ad alcun individuo di cambiarlo, o di alienarlo; che vi sarebbe dunque dell' inconseguenza a lasciar riposare i dritti della paternità e della filiazione sulla debole garentia di una privata scrittura. Io non posso credere che tale sia stato il motivo del legislatore, poichè prima bisognerebbe conchiuderne che l' atto di riconoscimento non può esser fatto che con minuta; ciò che non è: risulterebbe in seguito da questo sistema, che l' autenticità dell' atto non vien richiesta che per l' interesse del figlio, e per assicurare il suo stato, e che in conseguenza la mancanza di autenticità non potrebbe essergli opposta; massima contraria a tutt' i principj attuali. D' altronde il possesso in materia di stato si è sempre riguardato come il titolo il più valido, e forse ancora più efficace di qualunque atto più autentico, poichè stabilisce ad un tempo lo stato e l' identità dell' individuo che lo reclama; ed intanto questo possesso non è di alcun peso nelle indagini sulla paternità. La vera ragione per la quale si è richiesto l' atto autentico è stata perchè si è voluto porre le persone deboli a coverto dalle sollecitazioni e dalle seduzioni, per mezzo delle quali si potrebbe tentare di strappar loro un riconoscimento. Si presume che innanzi ad un officiale pubblico qualunque, la persona debba godere tutta la sua libertà, ch'essa sia in sicuro da ogni coazione, e che per conseguenza il riconoscimento ch' essa firma è l' effetto della sua pura e semplice volontà. Or si possono mai applicar questi caratteri ad una lettera scritta all' ufficiale dello stato civile? Questa lettera non è essa scritta dall' individuo che l' ha firmata, solo, fuori della presenza dell' ufficiale pubblico; presenza che garantisce ai tribunali la perfetta libertà di colui che ha riconosciuto? In una parola, una lettera sino a che non sia riconosciuta innanzi notaro da colui che l'ha scritta, che altro è, se non un atto di scrittura privata? Ed un terzo può egli, unendola ad un registro pubblico senza la presenza di colui che l' ha firmata, darle la forza di un atto autentico? Sarebbe essa meno soggetta alla semplice negativa, alla verifica di carattere, ec.? Io penso dunque che in nessun caso, una lettera di questo genere può equivalere al riconoscimento voluto dalla legge.

Quid se l' atto di scrittura privata contenente il riconoscimento, sia stato riconosciuto anch' esso autenticamente? Bisogna distinguere: se la ricognizione dell' atto ha avuto luogo volontariamente, è come se il riconoscimento del fanciullo fosse stato fatto per atto autentico. Se la ricognizione è domandata in giudizio, i genitori possono ricusarvisi, e contentarsi di opporre l'eccezione d' inammissibilità tratta dalle disposizioni della legge. Ma se provocati o no in giudizio, essi hanno riconosciuto l' atto puramente e semplicemente, io penso che ciò debba equivalere ad un riconoscimento autentico.

» L' art. 334 (art. 257 leg. civ.) decide in generale che il riconoscimento dev'esser fatto con atto autentico, senza distinzione a questo riguardo fra padre e madre; ma non potrebbe stabilirsi una differenza a tale oggetto? Le indagini sulla paternità essendo interdette, ne risulta che il padre non può nè anche esser astretto a riconoscere la sua firma. Ma sembra che non dovrebbe essere lo stesso rispetto alla madre. Le indagini sulla maternità essendo permesse, chi potrebbe impedire al figlio di prevalersi contro colei ch' ei reclama per sua madre dell' atto privato col quale ella lo riconosce, ed in caso di opposizione, domandarne la verifica? A malgrado di queste ragioni le quali in fatti sembrano speciose, io penso, che l' art. dev' essere inteso in un modo generale così com' è redatto. Se il motivo del legislatore è stato di mettere in sicuro dalla sorpresa delle insidie, questa ragione esiste rispetto alla madre come per rispetto al padre. Senza dubbio che il riconoscimento fatto con una scrittura privata dalla madre può esserle opposto, non come una pruova, quand' anche la firma fosse riconosciuta, ma semplicemente come una presunzione di cui i giudici avranno ad apprezzare l' importanza, e che potrà secondo le circostanze, e se sia

accompagnata da altri amminicoli, determinarli a pronunciare in favore del fanciullo; ma essa non formerà da se sola, e per se stessa prova compiuta, come se si trattasse di un ordinario riconoscimento ».

» Il riconoscimento forzato ne' casi nei quali viene ammesso, avrebbe lo stesso effetto del volontario? La quistione si è presentata alla corte reale di Parigi, dov' è stata giudicata affermativamente il 27 giugno 1812 (Sirey 1812 2 part. pag. 418) e ragionevolmente. Gli avversarj del figlio naturale pretendevano che solamente il riconoscimento volontario potesse dar dritto alla successione; che ogni altro non dava dritto che agli alimenti. La decisione di Parigi ha proscritta questa distinzione di cui non esiste alcuna traccia nel codice, il quale frequentemente si serve della espressione *legalmente riconosciuti*. Or il riconoscimento per effetto di giudizio è egualmente legale del volontario. Io non esito dunque a pensare ch' essi debbono produrre tutti e due gli stessi effetti ».

» Si potrebbe forse a questa decisione opporre l' art. 200 (294) del codice di procedura, il quale ammette per documenti di paragone nelle verifiche di scritture le carte riconosciute da quelli cui viene attribuito il documento da verificarsi, ma non quelli negati, e non riconosciuti da lui, ancorchè siano stati precedentemente verificati e riconosciuti esser suoi: d'onde si potrebbe conchiudere che la legge stabilisce una differenza fra il riconoscimento volontario ed il forzato ».

» Ma prima di tutto si può dire che qui la distinzione è formalmente enunciata nella legge, e che precisamente la necessità nella quale il legislatore ha creduto trovarsi di esprimerla, prova che per dritto comune il riconoscimento forzato ha lo stesso effetto del volontario ».

» Si può dire in secondo luogo che per l' autorità della cosa giudicata si attribuisce ad un individuo la scrittura da lui rigettata, ma ch' è stata riconosciuta giudiziariamente presente lui. Or se l' autorità della cosa giudicata non ha luogo che riguardo a ciò che ha formato l' oggetto del giudizio. per conseguenza allorchè si tratta di verificare una carta, non può prevalersi di un giudizio reso sulla verifica di un' altra carta ».

» Nel nostro caso al contrario si tratta dello stesso fatto, del medesimo oggetto, fra le medesime parti, e i loro aventi causa; e si pretenderà che il giudizio del riconoscimento non debba aver lo stesso effetto che il riconoscimento volontario, o debba averne uno minore? È lo stesso come se si sostenesse che un atto il quale potrebbe dar luogo ad un' azione pel capitale e gl'interessi se fosse volontariamente riconosciuto, non darebbe azione che pel capitale se fosse riconosciuto in giudizio ».

» Un minore può riconoscere un suo figlio naturale? Non crederei che potesse porsi in dubbio l' affermativa. Ma potrebbe farsi restituire in intiero contro questo riconoscimento? Io penso che sì, come contro ogni altra specie di obbligazione. Pure bisogna badare che il minore non può essere restituito in intiero se non provando la lesione: or non può esservi lesione in un simile riconoscimento che quando il minore provasse, che il fanciullo non sia suo prodotto, che il riconoscimento sia stato l' effetto del dolo, dell' errore, o della violenza ec. In fatti egli non può dire di essere stato leso, poichè ha riconosciuto. Il riconoscimento non è ciò che costituisce la di lui obbligazione, ma n' è la prova; l'obbligazione ha esistita dal momento in cui il fanciullo è stato concepito: egli non ha fatto che il suo dovere riconoscendolo, non può dunque farsi restituire contro il riconoscimento. Da un altro lato, egli non può farsi restituire contro l' obbligazione risultante dall' aver egli procreato il fanciullo. Poichè il fatto del concepimento è per parte sua un atto criminoso, ed è un principio che il minore non sia restituito in intiero contro le obbligazioni risultanti dal suo delitto o quasi delitto (art. 1310) (1264 leg. civ.). Io giudico per le stesse ragioni ch' egli può fare questo riconoscimento senza autorizzazione alcuna ».

» Si domanda in fine se il riconoscimento di un figlio naturale fatto con carta privata, potrebbe accordare almeno al figlio il dritto di domandare gli alimenti a suo padre o a sua madre, o alla loro successione. Siffatta

quistione è stata sulle prime controvertita. Parrebbe intanto che siasi ritornato all' opinione, che un simile riconoscimento è affatto nullo. E ciò perchè la paternità è indivisibile; perchè non può scindersi, nè si può essere padre in un caso, e non esserlo in un altro caso ec. ».

» Non ostante la giurisprudenza quasi generale su questo punto, io ardisco ancora di sostenere l' opinione che ho sempre difesa, cioè, che il figlio così riconosciuto non può pretendere in verità alcun dritto alla successione, ma che ha almeno quello di domandare gli alimenti, ed ecco rispetto a ciò quali sono i miei motivi ».

» Bisogna distinguere con attenzione, ne' differenti diritti che possono essere esercitati, quelli che discendono dal dritto civile, o dal dritto naturale. Come i primi sono dati dalla sola legge civile, essa ha potuto concatenare il dritto di esercitarli all' osservanza di tale, o tale altra formalità; ma rispetto ai secondi, siccome sono indipendenti dalla legge civile, non devono essere sottomessi che alle regole generali e comuni del dritto. È in tal modo che la legge ricusa al morto civilmente il dritto di succedere, sia *ab intestato* sia con testamento, e ch' essa gli accorda intanto la facoltà di ricevere a titolo di alimenti. Le successioni sono di dritto civile, essendo la legge civile quella che le deferisce, e che determina l' ordine nel quale debbono essere raccolti: essa dunque può non ammettervi che quelli i quali hanno adempito a tale o tale altra condizione. Ma gli alimenti sono di dritto naturale; perciò indipendente da ogni disposizione civile; e la legge che proibisse al padre di nutrire i suoi figli, sarebbe una legge empia e degna de' più barbari tempi. Or se il dritto di domandar gli alimenti non è di pertinenza della legge civile, essa non ha potuto subordinarne l' esercizio all' osservanza di talune formalità. Che per evitare i processi scandalosi si proibiscano le indagini sulla paternità, la disposizione è già ben dura, come l' abbiamo dimostrato: ma qualora questa paternità è provata nel modo che sarebbe sufficiente a provare ogni specie di obbligazione, quando non può darsi luogo a giudizio se non per una semplice verifica di scrittura in caso di negativa, verifica la quale non può recar seco scandalo alcuno, io non veggo come il padre potrebbe sottrarsi all' obbligo di somministrare gli alimenti; e come un atto che in un affare ordinario sarebbe giudicato sufficiente per costituirlo debitore di una somma quanto considerabile si fosse, non basterebbe per dare al figlio naturale il dritto di domandare gli alimenti.

» Non si può, dicono, scindere la paternità: ciò è un puro sofisma. È impossibile senza dubbio che la stessa persona sia e non sia padre al tempo stesso del medesimo fanciullo. E nel nostro sistema non è la paternità ch' è scissa; ma sono i suoi effetti, de' quali alcuni essendo di dritto naturale, altri di dritto civile posson formar l' oggetto di differenti disposizioni. Egli è più che possibile, che un fanciullo possa esercitare taluno de' dritti della filiazione, e non tal altro. In tal modo, il figlio adulterino o incestuoso può reclamare gli alimenti, e non è ammesso alla successione. Il figlio del morto civilmente può esser tenuto, almeno a nostro avviso, a somministrare gli alimenti a suo padre, e non vi è intanto fra di essi alcun rapporto civile di paternità, e filiazione. Nel caso dell' art. 202 (192 leg. civ.) il padre di mala fede sarebbe padre ad effetto di trasmettere la sua successione ai figli del matrimonio putativo contratto colla sposa di buona fede; e non lo sarebbe poi per raccogliere la di loro propria successione. In fine, vi ha nulla che sembri più indivisibile quanto la qualità di erede? Ed intanto non può accadere che la stessa persona sia e non sia ad un tempo erede dell' individuo stesso riguardo a differenti persone? Tutti questi casi differenti possono presentarsi. Conchiudiamo dunque che la pretesa impossibilità di scindere la paternità è una chimera ».

» S' insiste dicendo: senza dubbio il padre è tenuto a dar gli alimenti al suo figlio naturale; ma perciò bisogna benanche in virtù del dritto naturale provargli che egli è il padre: or la legge civile non ammette al-

tra prova della paternità che l'atto di nascita o un atto autentico. Io rispondo in primo luogo, ch'egli è contraddittorio il dire da una parte che per dritto naturale, ed indipendentemente da ogni legge civile, il padre è tenuto a nutrire suo figlio, e dall'altra parte di subordinare quest' obbligo ad una formalità che non è richiesta per le obbligazioni, anche civili. Rispondo in secondo luogo che l'art. 762 (678 leg. civ.) concedè gli alimenti al figlio incestuoso ed adulterino, il quale intanto non può essere riconosciuto nè per mezzo del suo atto di nascita, nè per mezzo di altro atto autentico. La legge essa stessa ha dunque deciso che l'art. 334 (257 leg. civ.) non era applicabile alla semplice domanda di alimenti. D'altronde la causa è sì favorevole che se anche vi fosse stato alcun dubbio, la quistione dovrebb' essere decisa in favore del figlio.

» In fine dicesi in terzo luogo, la legge annullando i riconoscimenti per carta privata, ha voluto distruggere tutto l'effetto della influenza che la seduzione può esercitare sulla debolezza. Or questa influenza sarà la stessa, quantunque non si tratti che di una semplice dimanda di alimenti. Ma io rispondo prima di tutto, esservi gran differenza fra il dritto di domandare gli alimenti, e quello di prender parte in una successione; ed in secondo luogo, nascere da questo raziocinio, che bisognerebbe ugualmente annullare l'atto di scrittura privata, per mezzo del quale una persona senza fare un riconoscimento formale, assegnerebbe ad un tale, suo figlio naturale, una pensione alimentaria. Or non si è ancora osato di andare fino a tal punto; dunque ec. Può portarsi in appoggio di questa decisione un arresto della Corte di Nanci del 20 Maggio 1815 trascritto da Sirey 1817 2 part. pag. 149 il quale ha giudicato che un bastardo adulterino, riconosciuto con una scrittura privata, poteva domandar gli alimenti.

Nota. Una decisione di Roano del 20 giugno 1817 riportata *ibidem* pag. 323 ha giudicato, che un riconoscimento per carta privata interamente scritta, datata e firmata per mano del padre, e che dava inoltre al figlio la porzione fissata dall'art. 757 (674 leg. civ.) doveva essere riguardato come un testamento e quindi eseguito. *Delvincourt Corso di Dritto Civile. Tomo 2. Nota 13 al Tit. 7 de' figli naturali ec.*

Nella corte di appello di Agen si discusse il caso se una transazione fatta sopra una querela in causa di ratto, nella quale l'accusato regola i danni ed interessi dovuti alla madre, e gli alimenti al figlio, tenga luogo di riconoscimento. Fu deciso negativamente con decisione de' 17 pratile anno 12.

» *Fatto.* Nel 1768 Maria Renom diviene incinta.

» Ella dichiara la sua gravidanza innanzi al giudice di Lesparre, e deferisce a Giovanni Lalo gli onori della paternità.

» Alla nascita del figlio Maria lo fa inscrivere sotto il nome di Giovanni, specificando di avere spiegato che Giovanni Lalo era suo padre.

» Giovanni Lalo parve poco sensibile a tutti questi contrassegni di onore e di attaccamento.

» Egli accolse anche con maggiore indifferenza le domande pecuniarie, tanto per li danni ed interessi, che per gli alimenti che gli furono fatti a nome di Maria e di suo figlio.

» Da quell'epoca, accusa in causa di ratto contro di Lalo.

» Vien decretato il suo arresto e viene messo prigione.

» Egli attacca siffatto decreto col mezzo dell'appellazione; ma il 8 aprile 1769 ha luogo la decisione del parlamento di Bordeaux, che lo scarcera, ed ordina che il primo giudice continui l'istruzione fino alla sentenza definitiva.

» Il 21, Lalo costituito prigione e tra due sportelli, transige sul ratto da lui commesso nella persona della nominata Renom, le accorda 2400 lire per danni ed interessi, ed assicura al figlio una pensione annua di 50 lire fino a che abbia compita l'età di anni 13: epoca in cui si obbliga di sborsargli la somma di 150 lire per imparare un mestiere.

» Lalo non cessò di vivere che in piovoso, anno 9, dopo avere eseguite tutte le clausole della transazione.

» Allora, Giovanni, nella sua qualità di

figlio naturale, domanda di esser immesso nel possesso della successione del defunto suo padre.

» Gli eredi naturali, i quali contrastarono a Giovanni la sua qualità ed i suoi diritti, furono mantenuti in possesso, attesa la loro opposizione.

» Il 5 termidoro, anno 10, sentenza del tribunale d' appello di Bordeaux, la quale riconosce Giovanni per figlio naturale di Giovanni Lalo, ed in conseguenza, gli fa la cessione di tutta l' eredità.

» Il 13 fruttidoro, anno 11, dietro il ricorso degli eredi, la detta sentenza fu cassata dal tribunale supremo, per falsa applicazione degli art. 1, 8, e 10 della legge del 12 brumale, anno 2, e per violazione dell'art. 10, tit. 2, della legge del 23 agosto 1790.

» La causa è rimandata innanzi alla corte di appello di Agen, per decidersi sul merito della contestazione.

» Il difensore di Giovanni stabilisce dapprima che la corte dee pronunziare sopra lo stato e sopra i diritti di lui, in virtù di remissione del tribunale di cassazione; perciocchè la qualità ed i diritti di figlio naturale, sono stati agitati innanzi al tribunale di prima istanza, e la causa ha subito il primo grado di giurisdizione.

» Sostiene in seguito che la transazione del 1769 è un titolo autentico di riconoscimento, che stabilisce la paternità di Giovanni Lalo; e che questo titolo dee produrre per parte di esso i diritti che sono accordati a' figli naturali in forza di atti di simil genere; ma non vi si possono applicare le disposizioni dell' art. 3 della legge del 14 fiorile, anno 11; perciocchè la transazione non dee servire che a regolare lo stato dei figli, e non i diritti che gli sono attribuiti dal Codice sulla successione del padre.

» Il difensore degli eredi di Giovanni Lalo ha creduto che la corte non poteva occuparsi del merito: che la questione di stato non aveva subito un primo grado di giurisdizione: e che ritenendo la sentenza del tribunale di Lesparre, bisognava rimandare le parti in prima istanza, per discutervi la questione di stato.

» Ma nel caso in cui la corte credette doversi occupare del merito, sostennero che la transazione del 1769 non era un riconoscimento di paternità: che la legge esigeva un atto volontario, e che questo non era che l' effetto della forza e del timore: che Giovanni Lalo, sottoscrivendolo, non aveva avuto altro motivo se non di sottrarsi ad un procedimento criminale e ad una prigionia rigorosa: che quantunque egli dica, di transigere sul ratto da lui commesso nella persona della nominata Renom, non si può indurne un riconoscimento formale, è che fosse il padre del figlio di cui ella era divenuta incinta: che del rimanente gli atti autentici, di cui parla l' art. 334 del Codice civile, (257. *L. c.*) non possono intendersi che de' titoli emanati da' padri dopo la legge del 12 brumale, anno 2, e non di quelli antecedenti a questa legge, e che dopo la sua pubblicazione non sono stati rinnovati o confermati da' padri, che non hanno sopravvivuto alla medesima.

» Infine, che se tal transazione poteva esser messa nella classe di questi titoli, allora bisognerebbe applicarle le disposizioni dell' art. 3 della legge del 14 fiorile, anno 11.; e che in questo caso Giovanni dovrebbe essere ancora dichiarato inammissibile nella sua domanda.

» Attesochè Giovanni, sedicente Lalo, non ha introdotta la sua azione innanzi al tribunale di Lesparre, che in qualità di figlio naturale di Giovanni Lalo: che la cessione dell' eredità di quest' ultimo, domandata dal nominato Giovanni, non era che la conseguenza di questa qualità: che se il tribunale di Lesparre non ha creduto di dover pronunciare definitivamente sopra questa questione, non risulta però meno che la qualità di figlio naturale di Giovanni Lalo è stata agitata innanzi ad esso; lo che risulta sopra tutto dalla sentenza del tribunale d'appello di Bordeaux, la quale dichiarò il ridetto Giovanni figlio naturale di Giovanni Lalo, e gli attribuì la di lui eredità. Che da ciò segue che la corte, presso cui fu proposto l' appello della sentenza del tribunale di Lesparre, dee giudicare la causa nello stato in cui fu presentata a questo tri-

bunale; ma conformemente alla legislazione che regola oggidì siffatta materia.

» Attesocchè la transazione del 21 aprile 1769, stipulata tra Maria Renom e Giovanni Lalo, non è che un atto tendente ad ultimare una lite, e fatto soltanto per terminare la contestazione insorta tra la ripetuta Renom ed il ridetto Lalo, sulla querela promossa dalla prima contro l'ultimo: che il nominato Lalo non riconosce in alcun modo in detto atto esser padre del figlio che aveva dato alla luce la riferita Renom.

» Attesocchè un riconoscimento di paternità dee essere libero e spontaneo: che non si può scorgere tale libertà in un atto consentito per liberarsi dalle rigorose persecuzioni di una procedura criminale, e dalle sue conseguenze, sopra tutto allorchè il trattato non ha per iscopo che di far cessare la prigionia ed i timori che possono inspirare le conseguenze di un processo criminale.

» Attesocchè il nominato Giovanni non ha avuto giammai il possesso di stato di figlio di Giovanni Lalo; che non produce un titolo autentico di riconoscimento, quale lo esige l'art. 334 del Codice civile; e che il nominato Giovanni Lalo è defunto dopo la pubblicazione della legge 12 brumale, anno 2.

» Atteso infine, che se poteva considerarsi come un atto autentico di riconoscimento la transazione del 1769, e tale come lo esige il succitato art. 334, i diritti di figlio naturale si troverebbero regolati in detto atto; e che ciò posto, a' termini della legge del 14 fiorile, anno 11, il nominato Giovanni non avrebbe a pretendere sulla eredità di Giovanni Lalo, che ciò che gli è attribuito dalla citata transazione.

» La Corte, uditi i difensori ed il sostituto del procuratore generale imperiale, ponendo fine alla rimessione fatta dalla corte di cassazione, annulla le appellazioni, e tutto ciò sopra di cui verte l'appellazione: riformando, ammette gli eredi di Giovanni Lalo opponenti alla sentenza contumaciale, pronunciata dal tribunale di Lesparre, il 25 piovoso, anno 9; rimette le parti nello stesso stato in cui erano prima; e facendo loro ragione quanto al merito, dichiara inammissibile il ripetuto Giovanni che si dice Lalo in tutte le sue domande da lui fatte innanzi al tribunale di Lesparre, come figlio naturale di Giovanni Lalo; mantiene gli eredi naturali di quest'ultimo nella proprietà, nel possesso e godimento della eredità; vieta e proibisce al ripetuto Giovanni di molestarli; e rispettivamente a tutte le altre conclusioni mette le parti fuori di causa. »

Dippiù dalla corte di appello di Poitiers con decisione de'28 messidoro anno 12 si stabilì per massima che una transazione fatta tra una giovane incinta e l'autore della sua gravidanza non debba riguardarsi come un riconoscimento del figlio che dovrà nascere.

» *Fatto*. Maria Druet era servente di Pietro-Alessandro de Vèrone, detto Gilberto de Lohèac, quando divenne incinta.

» Parve ch'ella additase Gilbert come autore di questa sua gravidanza.

» Il dì 20 giugno 1774, segue tra loro una transazione davanti notaro, in questi termini. « E' conosciuto che detta Maria Druet è incinta pel fatto e commercio carnale da essa avuto col predetto Gilberto de Vèronne: ed affine di evitare lo scandalo pubblico, e provvedere al sostentamento dell'anzidetta Maria Druet, non che alla conservazione del postumo di cui è incinta, è convenuto ed ordinato che la medesima sortirà dalla casa di Gilbert li 24 giugno 1774; ch'essa promette alimentare e mantenere il figlio fino agli anni 14, che sino a questa età, Gilberto fornirà una pensione vitalizia di 12 moggia di grano vita durante della madre e del figlio; più otto moggia al figlio in particolare, e ch'egli sborsa all'istante 150 lire in denaro per le spese del puerperio e per qualunque risarcimento, ricompensa, danni e interessi ec. ec. »

» Nel susseguente 23 settembre, il figlio viene inscritto sopra i registri di nascita, sotto il nome di Pier-Giovanni, figlio di Gilberto de Vèronne.

» Prese in seguito il sopranome di Malroye.

» Fa d'uopo osservare che dopo ciò Gilberto non l'ha mai riconosciuto per suo figlio in modo espresso; gli somministrava soltanto qualche somma di danaro perchè imparasse il mestiero di sarto, e per ammogliarsi.

» Il dì 10 pratile, anno 11 (sotto il codice) Gilberto fa un testamento mistico.

» Egli lega una parte de' suoi beni a Pietro-Paolo-Alessandro-Gilberto de Voisins, e l'altra parte a Vautier de Moyencourt; dichiarando escludere dalla sua successione tutti i parenti in qualunque grado si trovino.

» Fa pure diversi altri legati particolari.

» Dona 300 franchi, e la metà delle sue biancherie e vestiti al sunnominato Pier-Giovanni Malroye, figlio della summentovata Druet, moglie di Bruneteau.

» Nomina per suo esecutore testamentario M. Delacoudre.

» Il dì 9 termidoro seguente, muore il testatore.

» Lo stesso giorno vengono apposti i sugelli, e l'indomani Pier-Giovanni sedicente figlio naturale, legalmente riconosciuto, si oppone alla lor rimozione.

» Egli principalmente si fonda sulla transazione del 20 giugno 1774, seguita tra la di lui madre ed il defunto Gilberto; sostenendo che quest' atto di riconoscimento adempì bastevolmente l' oggetto dell'art. 334 del Codice civile.

» In mezzo alle controversie sulla qualità ed i diritti dell' opponente, l' esecutore testamentario fa chiamare in causa i legatarj universali.

» Questi sostengono avanti il tribunale civile di Niort, che Pier-Giovanni non ha nè titolo legale per reclamare lo stato ed i diritti del figlio naturale, nè veste in ogni caso, per impedire l' esecuzione del testamento del fu Gilberto de-Veronne, non accordando la legge ai figli naturali il privilegio che accorda ai legittimi, cioè di criticare la disposizione che il loro padre può aver fatta dei suoi beni.

» Sopra tali dibattimenti interviene giudizio, il quale senza avere riguardo alle opposizioni, argomenti e pretese di Pier-Giovanni. registrate nel processo verbale del 23 brumale precedente, ordina che si passi oltre alla rimozione de' suggelli ed inventario, senza l' intervento personale del predetto Pier-Giovanni, denominato Malroye.

» Questa sentenza è dichiarata inoltre provvisoriamente esecutoria.

» Li 13 nevoso si precede alla rimozion de'suggelli. Li 27. Pier-Giovanni ottiene in causa di appello, eziandio col consenso degli appellati, una sospensione d'atti, in virtù della quale debba ogni cosa rimanere nello stato in cui si trova, e ciò fino al decreto definitivo.

» Questa causa offre alla corte due importantissimi punti da risolvere; eccoli: 1. Se il figlio naturale possa essere riconosciuto prima della sua nascita.

» Il riconoscimento è valido, quando è stato fatto davanti notaro, e il padre morto sotto il codice civile?

» 2. Se il figlio naturale sia autorizzato a chiedere che si levino alla sua presenza i sugelli.

» Quali sono i suoi dritti di successione, e allorchè il padre non ha lasciato alcun erede cui competa riserva?

§. 1. Il riconoscimento di figlio naturale può farsi non solamente nell' atto di nascita, ma eziandio in qualunque altro atto autentico: art. 334. Ora l'atto del 20 giugno 1774 è sicuramente di questo numero. Esso è fatto davanti notaro; esso contiene la confessione formale della paternità di Gilberto de-Verone; quindi non si può seriamente contestarne l'esecuzione.

» Veramente sotto l' impero della legge del 12 brumale, la questione se un notajo potesse ricevere ne' suoi atti il riconoscimento di un figlio naturale, teneva divisi dei giureconsulti i pareri; ma la corte di cassazione con replicati decreti, e segnatamente il 17 pratile, anno 12, dietro ricorso di M. Saint-Sauveur, decise l' affermativa.

» Non altrimenti, e con più di ragione si deve ciò decidere, dietro l'art. 334 del codice. Un atto di riconoscimento è autentico e regolare, sia egli stato ricevuto da un notajo, o da un giudice di pace, oppure da un officiale dello stato civile. Così appunto pensò il tribunale d'appello di Grenoble nel suo decreto del 14 ventoso, anno 12.

» Vero è bensì che gli appellanti non osano contestare la capacità di un notajo per ricevere oggidì ne' suoi atti il riconoscimento di un figlio naturale; essi però sostengono, che quello del 20 giugno 1774 non può essere eseguito.

» 1. Perchè fu fatto innanzi alla novella legislazione de' figli naturali ;

» 2. Perchè fu fatto prima della nascita di Pier-Giovanni.

» Ecco la risposta ad amendue le obbiezioni.

» La successione essendosi aperta dopo la promulgazione del codice civile, bisogna consultare le sue disposizioni per giudicare del merito di questo riconoscimento. Ora l' art. 333 esige una sola condizione per la validità di un simile riconoscimento, quello cioè, che sia fatto per atto autentico. Cotesto articolo non distingue punto tra gli atti anteriori o posteriori alla nuova legislazione de' figli naturali: esso è generale, abbraccia tutte le date e tutte l' epoche, e per conseguenza anche quella del 20 giugno 1774.

» Sì fatta distinzione è necessaria, dicesi, perciocchè gli atti di riconoscimento fatti sotto l' antica legislazione non davano luogo che a degli alimenti; laddove oggidì i figli naturali riconosciuti hanno un diritto proporzionale nella eredità del loro padre; e per acquistare un tal diritto, converrebbe che il riconoscimento non risalisse al di là della legge del 12 brumale, anno 2, epoca alla quale si sono dichiarati successibili i figli naturali riconosciuti; poichè al di là di quest' epoca il padre non potea prevedere l' effetto che la legislazione posteriore ha dato al riconoscimento di questi figli.

» Cotesta obbligazione potrebbe forse avere qualche fondamento nel caso in cui la legge di brumale, anno 2, ricevesse la sua applicazione; ma dopo il codice i figli naturali non sono eredi; anzi eglino sono incapaci di ricevere al di là d' una determinata porzione di beni, che nel fatto è una mera pensione alimentaria, più o meno forte, secondocchè è più o meno considerevole la fortuna ed il numero degli eredi del padre.

» D' altronde la legge non considera punto lo scopo che ha potuto prefiggersi il padre nel fare il suo riconoscimento; essa non riguarda che il fatto della filiazione. Il padre nel riconoscere suo figlio adempie un dover necessario. Nell' assicurare al figlio riconosciuto la tale porzione di beni, la legge non fa che sanzionare la volontà stessa del padre: attribuisce alla paternità que' diritti civili, ch' essa ha creduto dovervi associare.

» In tal guisa appunto la legge del 12 brumale, anno 2, ammise i figli naturali alla successione de' loro padri defunti, ancorchè non potessero provare il lor possesso di stato se non che per mezzo di atti anteriori alle nuove leggi.

» In una parola, l' art. 334 non esige se non se un riconoscimento autentico, senza specificarne la data. Se quello che si è presentato fosse privo di effetto, perchè ricevuto nel 1774, si dovrebbero parimente annullare anche quelli che fossero fatti nel 1780, nel 1790; nè vi sarebbe maggior ragione per non decidere allo stesso modo di quelli ricevuti nell' anno 5, 10, e 11, ed eziandio alcuni giorni prima della promulgazione del codice.

» Troppo ridicola è una tal conseguenza; convien quindi escludere la prima obbiezione.

» La seconda, a dir vero è più speciosa; ella però vien distrutta dall' applicazione delle massime positive sì dell' antica che della moderna legislazione.

» In ogni tempo si riguardò come nato un figlio, ancorchè semplicemente concepito, ogni qual volta fosse a lui vantaggioso d' essere considerato come uscito alla luce del mondo. Il diritto romano conteneva più leggi positive sopra un tal punto.

» Queste leggi furono rifuse nel codice civile. L' art. 725 dichiara capace di succedere quello, ch' è di già concepito all' apertura della successione L' art. 906 riconosce egualmente capace di ricevere, sì per donazione come per testamento colui ch' è concepito, purchè nasca vitale. Ora il figlio naturale, anche prima della sua nascita, può raccorre l' eredità come il legittimo; si considera come nato ogni qual volta si tratti del suo interesse; e non sarà egli capace ottenere il benefizio del riconoscimento? E l' uomo che viene sorpreso dalla morte avanti la nascita del figlio suo naturale, non potrà verso lui soddisfare ad un sacro dovere? Sarà egli dunque condannato a portar seco lui il crudele rammarico di aver data la vita ad un infelice, senza potergli dare nè il suo nome, nè uno stato, nè una porzione di beni, giacchè tut-

ti questi benefizj sono annessi al riconoscimento del padre?

» Tutte queste considerazioni, si replica, svaniscono innanzi al testo positivo dell' art. 334, il quale porta: » il riconoscimento di un figlio naturale si farà con un atto autentico, quando lo stesso figlio nell' atto di nascita non sia già stato riconosciuto. » L'atto autentico è sempre suppletivo; dunque dev'essere posteriore all' atto di nascita.

» Questo è un ignorare il vero spirito della legge, ed abusare ad un tempo della sua lettera.

» Il legislatore stabilisce due maniere di riconoscimento, che producono il medesimo effetto: la prima è l'atto di nascita; la seconda è un atto autentico. Esso però dichiara col precitato articolo, che inutile è il servirsi della seconda maniera quando si fece uso della prima. È superfluo di fatti ripetere davanti un notajo una dichiarazione precedentemente fatta innanzi all' officiale dello stato civile; sarebbe però un errore gravissimo il volerne conchiudere, che l' atto autentico diventi frustraneo e senza effetto qualora preceda l'atto di nascita. Il codice ammette al contrario l' uno e l'altro modo indifferentemente; ed è come appunto se avesse detto: » il figlio naturale potrà essere riconosciuto mediante l' atto della sua nascita, ovvero mediante un atto autentico. »

» Così fatta interpretazione, replicherassi fors' anco, se non contraria la legge offende per lo meno la intenzione di Gilberto de Véronne, poichè egli è vivuto sotto l' impero della nuova legislazione concernente i figli naturali, ed anzi sotto l' impero del codice, senza rinovellare il suo riconoscimento; poichè non ha mai riguardato, nè trattato Pier-Giovanni come figlio suo naturale: e perchè finalmente quest' ultimo non ebbe mai possesso di stato conforme al titolo di cui si prevale.

» Potremmo limitarci a rispondere che una prova negativa non può distruggere una positiva. Ma lungi che Gilberto abbia sempre serbato il silenzio, egli ha costantemente mantenuto Pier-Giovanni, e l' ha continuamente colmato de'suoi benefizj. Dopo averlo nell' infanzia nutrito, fecegli nella sua adolescenza imparare un mestiere, ed in un' età più avanzata gli ha fissata per fino la scelta della sua sposa. In somma quando Gilberto manifesta per l' ultima volta la sua volontà, egli ammette Pier-Giovanni nel numero de' suoi legatarj. Queste sono altrettante prove che gli assicurano lo stato di figlio naturale del suo benefattore, che corroborano il riconoscimento fatto nel 20 giugno 1774, e che anticipatamente distruggono l' obbiezione seguente.

» Se giusta i principj generali (proseguono gli appellati) il riconoscimento di un figlio naturale potesse precedere l' atto della sua nascita, converrebbe eccettuarne quello del 20 giugno, perchè comandato dal timore delle procedure giudiziali. Conciosiacchè allora la giovane Druet minacciando di tradurre Gilbert dinanzi a' tribunali ond' essere reintegrata de' danni ed interessi, delle spese di puerperio, non fu che per evitare lo scandalo di una tal procedura che Gilbert s' indusse quasi forzato a riconoscere il figlio.

» È facile il rispondere che il timore riverenziale inspirato dalla giustizia de' magistrati e dalla severità delle leggi non rende nullo il consenso di quegli che contrae. Che oltre di ciò l' art. 334 non fa alcuna distinzione tra i riconoscimenti puramente volontarj, e quelli che fossero determinati da procedure giudiziali, o dal timore delle medesime. Ma la condotta posteriore del padre, il silenzio da lui serbato sul riconoscimento del figlio, non lasciano più luogo a dubitare della tacita approvazione che esso intendeva apprestare a sì fatto riconoscimento; ed i nuovi benefizj che volontariamente vi aggiunse, abbastanza dimostrano non esservi stato per parte sua verun timore; e che quando anco ve ne fosse stato, il suo cuore ratificava ciò che la legge e la ragione gli prescrivevano allora.

» §. 2. Dopo aver dimostrato, che il riconoscimento del 20 giugno è regolare e legale, fa d' uopo esaminare quali siano i diritti che ne derivano al figlio naturale.

» Il primo di questi diritti è quello di assistere agl' inventarj ed altri atti conservatorj della eredità; altrimenti diminuir si potrebbero le sue pretensioni, assorbire i suoi diritti con delle occultazioni o trafugamenti; ciò che ripugna alla giustizia.

» Esaminate, di grazia, la parte assicurata al figlio naturale sotto un tal punto di vista; dategli pure quel nome, quel carattere, e quell' indole che più vi aggrada; se voi non gliel' accordate come riserva, gliel' accorderete almeno come quota legittima, come credito in natura; gliel' accorderete come trasmissione di una porzione ch' ei raccorrà, se si vuole, a titolo di creditore; in ogni caso, il diritto non essendo determinato, rimanendo porzione dell' asse intiero, e rassomigliando ad un legato a titolo universale, può essere diminuito dalla mala fede degli eredi legittimi, o de' legatarj instituiti: quindi sarebbe ingiusto di negare a tal figlio la facoltà di sopravegliare un'eredità, sulla quale ha de' diritti dalla legge assicurati.

» Per distruggere un tale principio d' equità, i legatarj s' armano del testo rigoroso della legge, che dice: « Quando alla morte del testatore non vi saranno eredi a' quali la legge riservi una quota de' suoi beni, il possesso de' medesimi, seguita la morte, passerà *ipso jure* ed immediatamente nel legatario universale, senza che sia tenuto a domandarne il rilascio. *Art.* 1006. »

» L' esecutore testamentario non è tenuto di chiamare alla formazione dell' inventario, che l' erede presuntivo. *Art.* 1031. »

» Ora il figlio naturale non è erede; egli non ha riserva; dunque non ha il diritto di assistere all' inventario, ed agli atti conservatorj della eredità.

» Se il figlio naturale non è erede presuntivo; egli è almeno successore irregolare; se la sua porzione non gli è riservata, la legge gliel' assicura: laonde ove sono gli stessi diritti, esser vi debbono pure le medesime precauzioni per conservarli.

» Questi diritti sono incontestabili; essi certamente non possono essere distrutti dall' effetto de' legati universali sempre gravati dai debiti e pesi dell' eredità, giusta gli art. 871, 1009 e 1012. Ora i figli naturali non essendo, come si disse, che semplici creditori, i legatarj universali restano assoggettati al pagamento del loro credito.

» Non si può ragionevolmente supporre che il codice abbia loro accordati de' diritti, e gli abbia considerati come creditori, ed abbia simultaneamente permesso ai padri di farsi giuoco del loro credito.

» Tanto meno è permesso di crederlo, quantocchè l' art. 761, approvando che si possa ridurre la porzione del figlio alla metà di quella che il codice accorda, supone evidentemente che non si possa ridurre ad una porzione più piccola.

» Cotesta facoltà, diceva Chabot, al tribunato doveva avere de' limiti, affinchè il padre e la madre non avessero il potere di privare intieramente i figli naturali de' loro diritti.

» I rapporti di Treilhard, di Joubert, di Siméon dicono concordemente, che il codice non attribuisce ai figli naturali che de' diritti, che un credito semplice, ma che però garandiscono il debito verso di essi contratto dai lor genitori nel dar loro la vita. Tutte queste decisioni si trovano nelle discussioni del consiglio di stato.

» Si esaminino le conseguenze, che produrrebbe il sistema contrario. L' art. 913 (829) stabilisce la riserva soltanto a favore de' discendenti ed ascendenti legittimi. In mancanza di questi le donazioni potranno esaurire la totalità de' beni, art. 916 (832); la disposizione del codice che attribuisce un diritto ai figli naturali, si trova al titolo delle successioni intestate. Per la qual cosa cotesti figli, comechè sieno autenticamente riconosciuti, potrebbero esser frodati della totalità de' loro diritti; sarebbon essi più inumanamente trattati di quel che lo fossero nella antica giurisprudenza; potrebbero esser privati di tutto dall' uomo sovente comodo e dovizioso, che se ne manifesta pubblicamente per padre? Quindi i diritti della natura sarebbono barbaramente violati; vedrebbesi una folla di vagabondi senza sostanze e senza nome diffondersi nella società, conturbandola; e lo stato diverrebbe pel primo la vittima della falsa interpretazione, che vorrebbesi fare ammettere.

» No: il voto formale del legislatore fu quello di unire una porzione di beni al riconoscimento del padre: esso per riconciliare il favore del matrimonio coll' interesse di questi sventurati figliuoli, ha ristretta di molto una tale pensione; ma però volle che in ogni caso non potessero eglino rimanerne privati.

» Del resto, qualunque sia il titolo sotto il quale Pier-Giovanni reclama i suoi dritti, qualunque ne sia la porzione, egli deve ottenerla; e per conservarsela intieramente è d'uopo ch'ei sia autorizzato a sorvergliarli, ed in conseguenza ad assistere a tutte le operazioni conservatorie della eredità.

» Così decise il tribunale civile di Parigi con sentenza de' 19 messidoro anno 11.

» §. 1. In qualunque aspetto si osservi l'atto del 20 giugno 1774, rispondeva l'avvocato Brécard, non se gli può accordare l'effetto di un riconoscimento di paternità.

» Quest'atto non contiene il consenso libero e volontario di Gilberto de Véronne, il quale lo sottoscrisse unicamenae per sottrarsi alle procedure giudiziali, ed evitare lo scandalo pubblico; come pure per far sortire dalla sua casa senza romore la mentovata Druet: ma egli non ebbe in vista il riconoscimento del figlio, e molto meno intese di accordargli quei vantaggi che si reclamano come una conseguenza; imperocchè egli ha formalmente espresso nell'atto, che disponeva di ciò a titolo di risarcimenti, indennità e ricompense.

» Se quest' atto non era sufficiente nel 1774 ad autorizzar Pier Giovanni a chiamarsi figlio naturale di Gilberto, per quale sconvolgimento di massime potrebb'egli produrre oggidì un tal effetto? Incapace dapprima a dar luogo neppure alla pretesa di semplici alimenti, come sostenere ch'esso possa attribuire, sotto l'impero del codice, i diritti di successibilità? Vizioso nella sua origine, come divenir valido ed equipollente ad un atto autentico tal quale lo esige l'art. 334?

» La quistione si era presentata sotto la legge del 12 brumale, anno 2: fu allora deciso che un riconoscimento di gravidanza anteriore non poteva equivalere ad un riconoscimento di paternità, allorchè il padre era sopravvivuto alla legge, ed aveva potuto adempiere alla nuova formalità.

» Questo è ciò che si trova precisamente stabilito nel rapporto del ministro della giustizia, del 12 ventoso, anno 5, ed in quello di Siméon, al corpo legislativo, li 18 messidoro, anno 5; il quale porta, che la legge di brumale, anno 2, rimetteva la sorte de' figli nelle mani del loro padre ancora vivente.

» Vi ha pure delle ragioni ben anco più forti per applicare sì fatta interpetrazione sotto del nuovo codice.

» Tutti i rapporti relativi al titolo della paternità abbracciano e svolgono questa idea. Il riconoscimento de' figli naturali è di libera facoltà riguardo al padre: esso non può derivare che dalla sua volontà libera e sciolta da qualunque altra influenza, tranne quella del sentimento di natura. In conseguenza un atto estorto non può adempiere al suo oggetto.

» Se non era nullo per difetto di libertà in Gilberto, è sempre però inefficace, ai termini dell'art. 334, per avere preceduta la nascita del figlio. Il riconoscimento di un figlio naturale, dice cotesto articolo, si farà con un atto autentico, quando lo stesso figlio nell'atto di nascita non sia già stato riconosciuto.

» Il che non può intendersi altrimenti che, se il figlio naturale non è stato riconosciuto nel suo atto di nascita potrà esserlo in un atto autentico.

» Ma quest'atto non può che supplire, nè giammai precedere l'atto di nascita; altrimenti il legislatore si sarebbe contentato di stendere in tal maniera l'articolo: » Il riconoscimento di un figlio naturale sarà fatto con atto autentico.» Egli avrebbe necessariamente soppresso l'ultima parte dell'articolo, avvegnacchè un atto di nascita è un atto autentico, che sarebbe stato necessariamente compreso nella prima disposizione.

» La stessa voce, *riconoscimento*, presuppone la nascita. Riconoscere un figlio, è un fissare novellamente i suoi sguardi sopra un figlio già riconosciuto; è convenire della sua identità e della sua filiazione. Senza dubbio il legislatore per evitare ogni discussione ulteriore sopra questi due ultimi fatti, e mettere in consonanza l'art. 340 ha prescritta l'anteriorità o la simultaneità dell'atto di nascita per riconoscere un figlio.

» Quando un articolo di legge è così chiaro e preciso, inutile e forse anche nocivo sarebbe il volerlo spiegare per mezzo di ragionamenti, di conseguenze e d'ipotesi, che non servirebbero ad altro che ad alterarne il testo.

« Pier-Giovanni pare che adotti questo mezzo indiretto d' interpretare la troppo chiara intenzione di Gilberto de-Véronne. Egli dal silenzio osservato dal defunto fino alla morte ne induce un tacito riconoscimento; ma non si avvede che questo stesso silenzio non offre, al contrario, che un' assoluta denegazione di paternità: esso prova di fatti che il sig. de-Lohéac non intendeva punto riconoscere il fanciullo Druet per suo figlio, poichè non gli ha mai dato un tal nome, nè trattollo mai come tale.

» Egli, escludendo i suoi parenti dalla sua eredità, nomina però Pier-Giovanni suo legatario, dunque non lo dichiara suo figlio: quanto fece per lui era a solo titolo di benefizio. Egli era lontano dal credere che la di lui liberale condotta dovesse obbligare i suoi eredi a perpetuare i suoi benefizj, ed a spropriarsi della maggior parte delle sue sostanze in favore del fanciullo, cui intendeva soltanto beneficare.

» Il perchè Pier-Giovanni non avendo nè titolo, nè possesso di stato, debb' essere escluso.

» Nulladimeno, se la corte dichiara valido il riconoscimento, esaminiamo soprabbondantemente il vantaggio che Pier-Giovanni ne potrebbe ritrarre.

» Gilberto de-Véronne non aveva discendenti, nè ascendenti legittimi. A termini dell' art. 916, la sua porzione disponibile era della totalità de' suoi beni: egli fece uso di tal facoltà, ed ha pure formalmente dichiarato, che i suoi parenti, in qualunque grado lo fossero, non otterrebbero veruna parte nella sua eredità. Se Pier-Giovanni vuole assolutamente investirsi della qualità di figlio naturale, sarà quindi un parente, e perciò appunto escluso dalla sua eredità.

» Invano si direbbe, che l' art. 757 gli attribuisce una porzione nell' eredità di suo padre, e che se, giusta l' art. 761, quanto egli ha ricevuto, vivente il padre, con prescrizione di contentarsene non ascende alla metà della porzione attribuitagli, egli ha diritto di reclamare nell' eredità stessa il supplimento necessario per compiere questa metà.

» Tutto questo non devesi intendere che della successione intestata. Quanto concerne la facoltà di disporre è rimesso al titolo delle donazioni, nè in verun articolo di questo titolo si rinviene che il padre sia tenuto a lasciare una porzione di beni al figlio suo naturale.

» Nè un tal figlio trattar si debbe con più favore di un fratello legittimo del padre, che tutta prende la successione intestata, e che nondimeno può esser privato di tutto in forza di un testamento.

» Non si argomenti da ciò che porta l' art. 757, cioè che il figlio naturale pretende la tale porzione di ciò che avrebbe conseguito, se fosse stato legittimo; essergli in conseguenza, riservata questa stessa porzione dalla legge.

» Primieramente si è veduto che anche il figlio legittimo può esser ridotto alla metà della sua parte. D' altronde l' art. 757 non eguaglia il bastardo ai figli legittimi che per fissare l' estensione della sua quota, che per misurarla sulle forze dell' eredità; ma non mai per attribuirle la natura di riserva legale.

» Il figlio naturale sarebbe anche meno fondato ad invocare l' art. 908, il quale lo rimette al titolo de' testamenti. Questo articolo proibisce bensì al padre di dare al bastardo al di là di quella tal parte; ma non gli toglie però la facoltà di levargliela. Egli mostra benissimo, che il bastardo può ricevere l' intiero ammontare di ciò che gli accorda l' art. 757; ma punto non dice che ei debba necessariamente conseguirla.

» Gl' inconvenienti che si dimostrano, qualora il figlio potesse essere defraudato, non fanno che paregiarlo a quel figlio che non venne riconosciuto. Nulla potendosi provar contro il padre, non si fa che eseguire la sua intenzione di distruggere l' effetto di un riconoscimento di cui si è pentito; e quindi se gli lascia con ciò la facoltà di punire un figlio naturale come ingrato.

» In una parola, allorchè il padre non lascia in linea retta alcun erede legittimo, gli è lecito di esaurire in donazione la totalità de' suoi beni. Il figlio naturale manca di una tal qualità; dunque non può restringere questa facoltà; dunque Gilberto de Véronne ha potuto legare tutti i suoi beni; dunque Pier-Giovanni, supponendo pure ch' ei fosse suo

figlio naturale, non può impugnare il suo testamento; dunque non avendo egli a reclamare che un legato particolare, non può aver veste di figurare nell'inventario; dunque fu ben giudicato nell' appellata sentenza.

» Considerando che giusta l' art. 10 della legge del 12 brumale, anno 2, i diritti e lo stato de' figli nati fuori di matrimonio, il di cui padre e la di cui madre fossero tuttora viventi al tempo della promulgazione del codice civile, saranno in ogni punto determinati dalle disposizioni del codice.

» Considerando constare nel fatto che Gilberto de Lohéac, del quale la parte difesa da Fromentin si pretende figlio naturale, non è morto che dopo la promulgazione del codice civile.

» Considerando che l'art. 354 del codice porta: che il riconoscimento di un figlio naturale sarà fatto con atto autentico, quando ec.

» Considerando che questo articolo del codice civile imponeva a Gilberto di Lohéac l' obbligo di riconoscere la parte di Fromentin, dopo la nascita di questi; giacchè nell'atto di nascita della predetta parte Fromentin, l'anzidetto Gilberto de Lohéac non aveva fatto questo riconoscimento.

» Considerando che l'atto di transazione del 20 giugno 1774 è evidentemente un mero effetto della pratica di que' tempi, secondo la quale potevansi fare delle indagini sulla paternità, ed anche una serva sedicentesi incinta per opera del suo padrone, era ascoltata e creduta, ad effetto di ottenere una provvisione.

» Considerando che in tal circostanza, l'atto del 20 giugno 1774 non contiene un riconoscimento libero, volontario, e spontaneo che abbia potuto attribuire alla parte di Fromentin de' diritti che non esistevano ancora, e che Gilberto di Lohéac non poteva allora prevedere; ma che quest' atto fu dal timore carpito di una lite o di un alterco scandaloso, come si esprimono le parti in quest' atto.

» Considerando che le nuove leggi su di questa materia, singolarmente quella del 12 brumale anno 2, e lo stesso codice civile, hanno voluto abolire la indagine della paternità non dichiarata, e fondare sopra un riconoscimento positivo le relazioni de' figli naturali co' lor genitori, come lo dice il ministro della giustizia nel suo rapporto del 12 ventoso, anno 5; che quindi l'atto del 20 giugno 1774 non può soddisfare all'intenzion della legge, nè supplire ad un riconoscimento; che dopo la legge del 12 brumale, anno 2, doveva non solo essere positivo e fatto colla mira, dal lato del padre, di assicurare lo stato della parte di Fromentin, ma che doveva esser fatto avanti un officiale pubblico; ciò che si omise di fare tanto nell' atto di nascita quanto posteriormente.

» Considerando per ultimo, che dietro l'art. 7 della legge di brumale, anno 2, le cause debbono giudicarsi in istanza di appello nello stato in cui si trovano d'innanzi ai primi giudici; e che avanti il tribunale di Niort, egualmente che nella corte, la parte di Fromentin ha fondate le sue conclusioni sulla pretesa qualità di figlio naturale legalmente riconosciuto dal predetto defunto Gilberto de-Lohéac.

» La corte.

» Non avuto riguardo all'appello interposto dalla suddetta parte di Fromentin sulla sentenza del tribunale di Niort del detto giorno 28 frimale scorso, dice essere stato ben giudicato, male e senza ragione appellato: ordina che la prima sentenza abbia il pieno ed intiero suo effetto, e sia eseguita nella sua forma e tenore, ec.»

Finalmente la corte di cassazione di Parigi con decisione de' 4 ottobre 1812 consagrò il principio, che un atto privato da cui sia a desumersi il riconoscimento di paternità non autorizza il figlio naturale a reclamare gli alimenti.

» *Fatto*. Legami assai stretti eransi formati tra il signor Francesco M. . . . L. . . . e la signora Giovanna P. . . . .

» Al 1 aprile 1791 il signor L. . . . . mandò a quest' ultima un' atto così conceputo: «« Nel caso che io venga sorpreso dalla morte, prego istantemente i miei eredi di voler pagare, siccome io mi obbligo, e prometto con giuramento alla signora Giovanna P. . . . . , una pensione alimentaria annuale, e vitalizia della somma di 1000 lire, e ciò per li buoni, e aggradevoli servigi, che mi ha resi, e che spero riceverne in

seguito, dalla pruova de' quali io l' ho esentata, e la esento; bene inteso, che il presente obbligo non produrrà effetto, che dopo la mia morte presunta, o legalmente provata. »»

» Poco tempo dopo la signora P. . . . . . divenne incinta da L. . . . . , ed al primo frimaire anno 4 l'amante fece in suo favore l'atto seguente sotto firma privata.

»» Io qui sottoscritto dichiaro che la gravidanza della signora P. . . . . essendo senza dubbio un' effetto delle visite, e degl' intimi legami, che da molto tempo abbiamo avuto insieme; mi obbligo di apprestare così a lei, come al fanciullo, che porta nel suo seno quei soccorsi, e quei mantenimenti, di cui avranno l'uno, e l' altro bisogno, il che però sarà proporzionato al mio stato, ed alle attuali circostanze. Nel caso che mi accada qualche accidente, e che muoja prima di aver fatto a favore della madre, e del fanciullo tutto ciò che la natura, e la giustizia mi comandano, voglio, ed intendo, che le spese del parto, mantenimento, e soccorso qui sopra specificati, e lo stabilimento, e la educazione del fanciullo, di cui si trattasse, siano presi, e sostenuti sopra i miei beni. Per la esecuzione, e spese del contenuto nel presente, il quale non avrà luogo, che nel caso qui avanti specificato di accidente, e di morte, la signora P. . . . . che lo accetta, rimettendosi al mio onore, ed alla mia probità, e generosità verso di lei, affinchè resti ben situata, e supplisca ai suoi bisogni, io sottometto a favore di lei, e del nostro figliuolo, ed ipoteco tutti, e ciascuno de' miei beni presenti, e futuri, e specialmente quelli, di cui la giurisprudenza, e le leggi mi permettono di disporre; della qual cosa ne ho fatto in caso di morte donazione alla detta signora P. »»

» A 25 ventoso seguente la signora P. . . partorì un figlio, che l'indomani fu iscritto sui registri dello stato civile col nome di *Gian-Francesco Alessandro*.

» Si legge nell' atto di nascita, che la dichiarazione è fatta dalla levatrice in assenza di Francesco . . . . L. . . . . , e che Giovanna P. . . . . *è la sua compagna*; *siccome egli la riconosce con atto sotto firma privata del 1 frimaire anno 4*, *che* (la dichiarante) *mi ha esibito.*

» Nel 1809 la signora P. . . . dimenticandosi, che dovea rapportarsi all' onore, ed alla generosità del signor L. . . lo chiamò in giustizia per vedersi dichiarare padre del fanciullo, che essa avea posto alla luce, e condannare inoltre, 1. a pagarle una pensione annuale, e vitalizia di 1000 franchi a titolo di danni, ed interessi; 2 a pagare al suo figlio naturale una pensione di 800 franchi, 3. a depositare nelle mani di un notajo una somma di 12, 000 franchi per essere impiegati alle spese della educazione di suo figlio.

» Il signor L. . . . rispose che la ricerca sulla paternità era proibita (cod. civ. 340); (263) che quindi tutte le domande formate contro di lui doveano essere rigettate.

» A' 3 giugno 1811 sentenza che rigetta la domanda tendente a ciò che il sig. L. . . fosse dichiarato padre del fanciullo, e che lo condanna nulladimeno a pagare una pensione a Giovanna P. . . . . ed al suo figlio naturale.

» Appello per parte di entrambi. A' 27 agosto 1811 decisione della corte imperiale di Limoges, la quale esenta il signor L. . . . da ogni obbligazione così verso di Giovanna P. . . . . come verso il suo figlio naturale.

» La decisione si fonda principalmente su ciò, che un uomo non può essere dichiarato padre di un figlio naturale, ed obbligato di apprestargli gli alimenti in questa qualità, se egli non ha riconosciuto il fanciullo per mezzo di un' atto autentico nel senso dell' art. dell' 334 cod. civ. (257).

» Ricorso in cassazione per falsa applicazione dell' art. 334 (257) e per violazione art. 1133, cod. civ. (1087).

» L' attrice sostiene, che se la riconoscenza di un figlio naturale con atto sotto firma privata non è sufficiente per dargli de' dritti di successione sui beni di suo padre: questa riconoscenza non contestata basta per lo meno per autorizzarlo a reclamare gli alimenti, soprattutto allora, che coll' atto di riconoscenza il padre ha contratto d' obbligazione espressa di somministrarceli. In sostegno di questo sistema, l' attrice invoca la grave au-

torità del signor Proudhom nel suo corso di dritto francese, 1 parte tom. 2 p. 322. Ecco come si esprime questo autore: « Il riconoscimento fatto con atto privato è esso realmente sufficiente per autorizzare il figlio naturale, ch' è nel bisogno di litigare contro suo padre per forzarlo a somministrargli gli alimenti ?

» L'affermativa ci sembra incontrastabile per le ragioni, che andremo a sviluppare.

» 1. Il solo fatto di paternità impone al padre l' obbligo di somministrare gli alimenti a quell' essere debole, al quale ha dato l'esistenza; lasciare un figlio nella indigenza, e nello stato d' impotenza, con cui viene al mondo, è lo stesso, che dargli la morte: *necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abjicit, et qui alimonia denegat, et is qui publicis locis, misericordiae causa, exponit quam ipse non habet, L. 4 D. de agnoscendis et alendis liberis.* Nessuna legge può approvare un misfatto, che così essenzialmente ripugna alla natura; il codice civile ancora riconosce quest' obbligo nel padre, anche riguardo ai figli adulterini, ed incestuosi (762) (678). È dunque impossibile, che la paternità sia costante, e che il credito non lo sia, dopo che l'uno deriva necessariamente dall' altra. Vi sarebbe una contraddizione sensibile nel giudicare, che colui, il quale confessa la paternità è ammisibile a ricusare il pagamento del debito che n'è inseparabile.

» 2. Un atto di riconoscimento, benchè sotto firma privata, non può essere assolutamente inutile; un fanciullo non è riconosciuto se non per riconoscere le obbligazioni, che la paternità impone riguardo a lui: l' atto deve dunque valere per lo meno come una semplice convenzione, o come una promessa di somministrargli gli alimenti, avendo per causa il dovere naturale di colui che lo ha sottoscritto.

» 3. Benchè il codice civile esiga, che il riconoscimento de' figli naturali sia fatto con atto autentico per poter produrre tutt' i dritti, che la legge accorda a questa forma; non bisogna però conchiudere da ciò, che il riconoscimento fatto con atto privato non debba produrre alcun effetto. Non è permesso di confondere il semplice debito degli alimenti, il quale risulta dalla confessione della paternità, con i dritti di una diversa importanza, la quale deriva da un riconoscimento autentico, per conchiudere, che il titolo deve essere rivestito delle medesime forme nell' un caso, che nell' altro.

» Per lo riconoscimento autentico il figlio naturale acquista uno stato personale, che prima non avea; se egli nascesse da una madre forestiera diviene francese; prende il nome del padre, che lo ha riconosciuto; passa sotto la patria potestà; si trova padrone del dritto di raccogliere un giorno una parte, o la totalità de' suoi beni, come il padre, dal suo canto, acquista il dritto di succedere al suo figlio naturale morto senza discendenti.

» Si sa, che per ottenere tutti questi vantaggi decretati dalla legge civile, bisogna aver adempiute le forme civili, alle quali ne sottomette il titolo; si sa ancora, che l' atto, che produce dritti così importanti, deve essere conservato in un pubblico archivio, perchè questa è la sola via legale di verificare lo stato civile de' cittadini. Il legislatore ha avuto cura di stabilire de' registri per consegnarvi la pruova autentica della filiazione; questi registri sono stabiliti per tutti in generale; quindi debbono tutti i padri consegnare la confessione della loro paternità. Se dunque il riconoscimento di un figlio naturale non è provato da questi registri, bisogna che sia fatto con atto autentico, e conservato in un' altro pubblico deposito, senza di che non sarebbe equivalente a quello, che risulterebbe dal registro dello stato civile, ed in conseguenza non potrebbe servire di fondamento allo stato, che si vuol conferire a suo figlio.

» Così coll' atto di riconoscimento sotto firma privata, il padre non acquista la patria potestà sul suo figlio naturale, e questi non avrà i dritti di successione irregolare, i quali risultassero loro da un riconoscimento autentico; perchè tutti questi vantaggi sono dritti puramente civili, che non si possono acquistare senza adempire le pubbliche formole, da cui dipendono.

» Ma gli alimenti non sono affatto un debito civile; il padre deve alimentare i suoi

figli per la sola ragione, che n'è il padre; il riconoscimento di questo debito non suppone nè nello stato civile del padre, nè del figlio alcun cambiamento, che debba esser verificato con questo atto autentico: il credito del figlio non porta, che semplici interessi pecuniarj, per li quali l'interesse del debitore è sempre sufficiente. Il figlio dunque può far valere la sua azione, e non vi ha nè proibizione da intentarlo, nè eccezioni ad opporgli; or non si trovano proibizioni nella legge civile, che anzi all'opposto riconosce il debito, anche a riguardo de' figli adulterini, o incestuosi; non vi possono essere più eccezioni da opporre al figlio, poichè ragioniamo in una ipotesi, dove il riconoscimento è confessato dal padre.

» 4. La semplice parentela naturale è un ostacolo al matrimonio tra gli ascendenti, e discendenti di tutt' i gradi (161) (158) e tra i fratelli, e sorelle (162) (160) si esigerà un riconoscimento autentico per essere ammesso provare questo impedimento? Supponiamo che un padre che ha riconosciuta la sua figlia, con atto privato voglia darla in matrimonio ad uno degli altri suoi figli: la giustizia potrà autorizzarvelo? Si potrebbe dire che la produzione di questo atto non sarebbe sufficiente per mettere ostacolo ad un legame così mostruoso? Bisogna dunque convenire, che il riconoscimento della paternità fatto con atto sotto firma privata, non è senza effetto anche agli occhi della legge civile; ed allora come non sarebbe poi sufficiente a costringere il padre a somministrare gli alimenti al suo figlio, se la natura glie ne impone il dovere?

» L'attrice finiva con osservare, che supponendo ancora, che il riconoscimento fatto dal signor L. . . . fosse insufficiente per assicurare gli alimenti al suo figlio naturale, il signor L. . . . non dovesse esser meno obbligato a somministrare gli alimenti senza punto badare al riconoscimento; perchè egli vi si era positivamente obbligato coll' atto del 1 frimaire anno 4; e che in generale le convenzioni legalmente formate tengon luogo di legge tra quelli, che le hanno fatte (cod. civ. 1134) (1088). Si valeva a questo riguardo di una decisione della corte di cassazione in data de' 10 marzo 1808 sul rapporto del sig. Lachèse; e dietro le conclusioni del signor Tourde. Questa decisione stabilisce, che colui, che contratta l'obbligazione di somministrare gli alimenti ad un figlio naturale, è tenuto di adempire quest' obbligo ancorchè in realtà non sia il padre, e che non si possa stabilire contro lui la sua paternità.

» Il signor Tourde avv. gen. ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» Decisione. — La corte - Atteso che dopo la promulgazione del cod. civ. il riconoscimento di un figlio naturale dev' esser fatto con atto autentico, quando non lo è stato nel suo atto di nascita.

» Attesochè la paternità, e gli effetti civili, o naturali che ne discendono essendo indivisibili, la proibizione indefinita della ricerca della paternità pronunziata dall' art. 340 del detto cod. (263) riceve la sua applicazione a tutti i casi, dove il titolo della domanda deriva dalla paternità non legalmente riconosciuta.

» Atteso nella specie che il preteso riconoscimento di paternità non è nè provato con atto autentico, nè fatto da L. . . . nell'atto di nascita di Francesco - Pietro Alessandro; che questo atto di nascita è stato ancora redatto senza suo consentimento, e non in sua presenza.

» Atteso finalmente, che l'obbligazione contratta da L. . . . al 1 frimaire anno 4, non è che condizionata ed eventuale, e che la condizione preveduta non essendosi avverata, la corte imperiale prescrivendone la domanda diretta da Giovanna P. . . ., ha giustamente applicato le disposizioni del codice civile. Rigetta. »

» §. 2. Questo riconoscimento non potrà
» aver luogo a favore de' figli nati da ince-
» sto, da adulterio, o da congiungimento
» di persone legate da voto solenne, o dagli
» ordini sacri. *Art.* 258 *leg. civ.*

» Questo articolo, viene ad osservare Toullier, dice che il riconoscimento non potrà aver luogo a favore de' figli nati da incesto, o da adulterio. L'articolo 342 (265. leg. civ.) aggiunge, che questi figli non sono giammai ammessi a fare indagini sulla paternità, e sulla maternità, ed intanto gli arti-

coli 762, e 763 (678 e 679 leg. civ.) accordano a questi figli gli alimenti, che sono regolati a norma delle facoltà del padre o della madre del numero, e della qualità degli credi legittimi. Questa apparente contrarietà è sembrato al primo aspetto difficile a conciliarsi : ma nulla è più facile per mezzo di una distinzione semplicissima. Dicendo che un figlio incestuoso, o aduterino non può essere riconosciuto con atto autentico l'articolo 335 (258. leg. civ.) ha per oggetto d'impedire, che questo riconoscimento gli conferisca i dritti della successione irregolare, che gli articoli 757 e 758 (674) assicurano ai figli naturali legalmente riconosciuti, ma non intende perciò liberare coloro che hanno riconosciuto un figlio dall'obbligo naturale di nutrirlo. Quindi il riconoscimento di un figlio adulterino, o incestuoso non può conferirgli i dritti della successione irregolare, ma può dar luogo ad un'azione per gli alimenti.

» Egli è necessario di serbare questa distinzione conforme al dritto antico : imperciocchè i figli adulterini, o incestuosi sono uomini anch'essi, ed ogni uomo ha dritto di essere alimentato da coloro che gli han data la vita.

» Nè si può dire in contrario che l' art. 342 (265 leg. civ.) vieti al figlio adulterino, o incestuoso d'indagare chi sia il padre suo, e la sua madre. Questa proibizione non ha più alcun oggetto, allorchè egli è stato riconosciuto dall' uno o dall'altra. Egli non deve più ricercare i suoi autori, ma astringerli ad esser giusti, e ad adempiere un' obbligazione loro imposto dalla natura.

» È in conformità di questo principio, che la corte di cassazione confermò con decisione de' 28 pratile anno 13 una sentenza della corte di Montpellier, che aveva deciso esser dovuti gli alimenti ad una figlia adulterina riconosciuta da suo padre in un testamento olografo, con cui le donava una parte de' beni di cui potrebbe disporre all'epoca della sua morte. *Toullier corso di dritto civile, tom.* 2 §. 967.

In conseguenza delle disposizioni contenute nell'articolo in esame il riconoscimento che se ne potesse fare, dicono gli autori delle pandette francesi, non produrrà effetto alcuno.

» Sarà lo stesso ancorchè questo riconoscimento fosse stato fatto in un tempo anteriore alla promulgazione del codice ; imperciocchè qui si tratta di un effetto futuro, che si regola colla legge esistente quando si tratta di determinarlo. Quindi il figlio adulterino nato avanti la promulgazione del codice, benchè riconosciuto dal suo atto di nascita, non avrà alcun dritto alla porzione dei beni che il codice attribuisce al figlio naturale riconosciuto.

» Questa decisione ha luogo tanto riguardo al padre quanto riguardo alla madre; benchè uno dei due fosse libero in tempo del concepimento del figlio. Dacchè uno di essi è stato impugnato co' vincoli del matrimonio, il commercio è stato un adulterio tanto per l'uno, che per l' altro. Il figlio, che n' è provenuto è adulterino tanto riguardo all' uno quanto riguardo all' altro. *Osservazione all' art.* 335 *del cod. civ.*

» §. 3. Il riconoscimento di un figlio na- » turale non avrà effetto che a riguardo di » colui che lo avrà riconorciuto. *Art.* 259 *leg. civ.*

Questo articolo abbenchè letteralmente pare diverso dall' articolo 336 del codice francese comprende nondimeno li medesimi principj. Quindi osserva il tribuno Lahary che » sarebbe difficile di trovare una disposizione più giusta più conforme ai principj ricevuti. Dacchè questa ricognizione è il titolo sul quale il figlio naturale potrà stabilire la domanda che avrà da fare sulla successione di suo padre, saria stato ingiusto che questo titolo potesse produrre qualche effetto su i beni di un altro oltre colui che glielo aveva dato. In oltre se vi è il principio che niuno può dare un titolo a se stesso, tanto più non può essere permesso di consentirne uno contro una terza persona dalla quale non si è ricevuta l'espressa facoltà. *Esposiz. de motivi sul cod. civ. n.* 26.

» §. 4. Il riconoscimento fatto durante il » matrimonio da uno de' conjugi a favore di » un figlio naturale avuto prima del matri- » monio da altri, fuorchè dal consorte, non » può nuocere nè a questo, nè ai figli nati

» da tal matrimonio. Ciò non ostante pro-
» durrà il suo effetto dopo lo scioglimento
» del matrimonio, quando da questo non re-
» sti prole. *Art.* 260 *leg. civ.*

Su l'articolo in esame Delvincourt presenta la seguente questione.

» Un individuo aveva, dopo lo scioglimento del suo matrimonio, riconosciuto un figlio naturale da lui avuto prima del matrimonio da tutt'altra persona, che dalla moglie. Questo fanciullo ha preteso ch'egli poteva reclamare i dritti di figlio naturale; malgrado ch'esistessero de' figli legittimi: egli si è fondato sulla ragione, che l'articolo 337 (260) non esclude se non il figlio riconosciuto durante il matrimonio, e che per conseguenza non se gli poteva opporre, poichè egli era stato riconosciuto dopo lo scioglimento del matrimonio. È evidente che questa distinzione è puramente giudaica, e contraria interamente alla intenzione del legislatore: non pertanto essa è stata adottata dalla corte di Pau il 5 pratile anno 13. Ne fu prodotto ricorso in cassazione; e fu rigettato con decisione del 6 gennajo 1808.

» Egli è possibile che nello stretto dritto, la corte di cassazione abbia potuto rigettare il ricorso per la ragione che la decisione impugnata non aveva in alcun modo violata la lettera dell'articolo 337 ma è incontrastabile che ne abbia assolutamente violato lo spirito. Che ha preteso in effetto il legislatore? Che un padre o una madre non venga con un ritardato riconoscimento a nuocere ai dritti risultanti dal matrimonio in favore del suo consorte o de' figli derivati dalla di loro unione, e deludere con tal mezzo la speranza delle due famiglie. Or che il riconoscimento sia fatto durante o dopo il matrimonio, quando vi esistano figli, non pregiudicherà forse egualmente ai di loro dritti? Non diminuirà forse la porzione di ciascun figlio legittimo di ciò che è necessario per completare quella del figlio naturale? La corte di Pau ha preteso che l'unico oggetto del legislatore era stato d'impedire che non venisse disturbata la tranquillità domestica; ma se ciò fosse, si sarebbe contentato di annullare il riconoscimento nell'interesse dell'altro conjuge solamente, o piuttosto avrebbe vietato ogni riconoscimento durante il matrimonio. Ma egli non giunse fino a tal punto: egli autorizza questi riconoscimenti talmente che hanno tutto il di loro effetto se l'altro conjuge muore senza figli, o se dopo la di lui morte, i figli vengono a morire prima di quello che fu riconosciuto. Dunque non è il timore di turbare la domestica pace che ha dato luogo alla disposizione; dunque l'interpretazione data dalla corte di Pau all'articolo 337 è, come noi l'abbiamo detto, intieramente inammessibile. Il signor Proudhon ha addottata la stessa interpretazione. Ma egli è evidente dalla ragione stessa da lui somministrata ch'egli non ha colpito il senso del articolo 337.

» *Quid* se il riconoscimento ha avuto luogo veramente dopo il matrimonio, ma per forza, cioè per sentenza nei casi nei quali esso può in tal guisa aver luogo: vale a dire contro il padre nel caso, dell'articolo 340 (263)? Lo ripeto, io non veggo come un riconoscimento forzato potrebbe conseguire maggior effetto, del volontario. Non pregiudica forse egualmente all'altro conjuge ed ai figli del matrimonio? *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 2 *nota* 20 *al tit.* 7 *lib.* 1 *delle persone.*

Nella corte di cassazione di Parigi si accolse il principio che il riconoscimento del figlio naturale fatto durante il matrimonio dal padre in una transazione, conseguenza di una lite ed indicato in un testamento mistico fatto per timore, non possa riputarsi valido.

» La giovane Laborde diviene madre di tre figli, i quali furono battezzati, il primo nel 1778, sotto il nome di Maria Duraudeau; il secondo nel 1779, sotto quello di Giovanni; ed il terzo nel 1873, sotto quello di Giovanni Filippo.

» Il signor di Richon, consigliere al parlamento di Bordeaux, avendo avuto delle confidenze familiari con la giovane Laborde, ella lo dichiarò padre dei mentovati tre figli.

» Quantunque il signor di Richon avesse a quel tempo una moglie ed un figlio legittimi, la giovane Laborde non lasciò di agire contro di lui, in causa di pagamento dei danni ed interessi richiesti da lei, e di una pensione a titolo di alimenti pel suo figlio cadetto sopranominato Grammont.

» 1791 Sentenza che le aggiudica la pensione annua di 600 lire.

» La giovane Laborde non era punto soddisfatta della succitata somma. Ella induce il signor di Richon ad una transazione definitiva, mediante la quale si obbliga ad una pensione vitalizia rispetto alla madre, e si assoggettà a nutrire e mantenere Giovanni Filippo Richon, detto Grammont, suo figlio naturale.

» In ventoso, anno 2, il rappresentante del popolo, Isabeau, era in missione nel dipartimento della Gironda.

» La giovane Laborde gli presenta una petizione, con cui si duole che i suoi figli sieno stati rapiti dal signor Richon. Ella domanda che sia ordinato a questi di riprodurli, ed a pagare alla loro madre una somma di 60,000 lire.

» Cotal petizione fu rimessa al giudice di pace Gaube, con facoltà di pronunciare sopra la contestazione, e di fare riconoscere i figli in questione dai loro padre e madre.

» Procuratrice di suo marito, la signora Richon si presenta innanzi al giudice di pace con i due figli maschi della giovane Laborde e del signor Richon, e dichiara che Maria Durandeau ha cessato di vivere nel 1779.

» Convinto il giudice di pace che Richon manteneva i ridetti figli, e che la madre loro aveva transatto con esso sopra i danni ed interessi, mediante l'atto del 6 settembre 1792, assolve il nominato Richon dalla domanda della giovane Laborde.

» Con testamento mistico del 30 fiorile, anno 2, il signor Richon riconosce ancora questi figli e l'istituisce suoi eredi universali unitamente a Giuseppe Filippo Richon suo figlio legittimo.

» Esso nomina la sua moglie tutrice di questi tre figli.

» In messidoro, anno 2, morte del testatore.

» La sua vedova accetta la tutela.

» Ma il primogenito dei figli naturali, sortito dall' età pupillare, si fa assistere da un curatore, e domanda la divisione dei beni di suo padre, e provvisoriamente una somma di 6,000 franchi.

» Il tribunale gli aggiudica quella di 1000 fr. solamente.

» Giuseppe Filippo Richon, figlio legittimo, divenuto ugualmente pubere, elegge un curatore, e domanda di essere restituito contro tutti gli atti di riconoscimento, di paternità ed instituzione di eredi di suo padre, come comandati dalla violenza.

» Sentenza interlocutoria del 9 fruttidoro, anno 10, la quale prefigge alle parti il giorno di comparire in giudizio.

» Appellazione innanzi alla corte di Bordeaux.

» Vi è discussa la questione sopra il merito.

» Giuseppe Filippo Richon pretendeva, che i figli naturali della giovane Laborde, non fossero stati giammai riconosciuti volontariamente ed autenticamente dal defunto.

» L'atto del 6 settembre 1790 è una transazione sulla lite: il suo oggetto è di assopire i procedimenti giudiziarj, nè contiene punto un riconoscimento volontario.

» Il testamento mistico è scritto da una mano estranea: è stato fatto in un tempo di terrore, di desolazione generale: è stato comandato dal timore il più ingiusto ed il più serio.

» D'altronde i detti due atti sono stati sottoscritti durante il matrimonio dal defunto. Ciò posto gli era proibito di riconoscere dei figli naturali nati da un' altra femmina che dalla sua moglie. *Art.* 337 *del codice.*

» Noi siamo stati riconosciuti da nostro padre, replicavano i figli naturali, tanto in forza della transazione del 1792, come del testamento mistico di fiorile, anno 2. È incontrastabile che nell' uno come nell' altro atto vi regnava la libertà la più assoluta; poichè il defunto Richon poteva transigere e morire *ab intestato*, e che non vi esiste giammai violenza colà ove non si è costretto ad agire.

» Il solo riconoscimento della signora Richon, mandataria di nostro padre, riconoscimento enunciato in una sentenza autentica, basterebbe al caso per assicurare il nostro stato ed i nostri diriti. Laonde noi ci troviamo precisamente in uno dei casi previsti dagli articoli 2, e 3 della legge transitoria, e per conseguenza non ci può essere opposta alcuna disposizione del codice civile.

» La corte. Atteso 1. che questi non era-

no fondati ad invocare la sentenza del giudice di pace Gaube, come titolo di riconoscimento della loro qualità, perciocchè non risultava dal suo dispositivo, che il medesimo vi avesse avuto luogo dalla parte del signor Richon: essendosi limitato questo giudice di pace ad assolverlo dalla domanda contro di esso formata dalla giovane Laborde: che il signor Richon li aveva bensì riconosciuti l'uno e l'altro per suoi figli naturali; ma che il riconoscimento contenuto nella transazione e nel testamento, non era volontario, la transazione essendo stata determinata dai procedimenti giudiziarj, ed il testamento essendo l'effetto del timore e della violenza.

» 2. Che anche nel caso che tale riconoscimento fosse stato volontario, esso sarebbe un titolo vano per li figli naturali riconosciuti, perciocchè era stato fatto dal signor Richon durante il suo matrimonio con la signora Seignouret; e che da questo matrimonio era nato il signor Giuseppe di Richon, al quale un tal riconoscimento non poteva pregiudicare, a termini dell'art. 337 del codice civile.

» 3. Infine, che gli articoli 2 e 3 della legge del 14 fiorile, anno 11, non facevano alcun ostacolo, che l'art. 337 del codice civile dovesse essere applicato contro i figli naturali riconosciuti; l'art. 2, perciocchè il testamento essendo l'effetto del timore e della violenza, non si poteva considerar come valido; l'art. 3, perciocchè la sentenza del giudice di pace Gaube, quantunque passata in forza di cosa giudicata, non aveva fissato nè lo stato nè i diritti de' figli naturali.

» Ricorso in cassazione.

» L'avvocato Perignon, patrocinatore per li figli naturali, sosteneva che ciascun motivo della impugnata sentenza conteneva un errore.

» 1. La corte ha considerati come provocati dal timore e comandati dalla violenza la transazione ed il testamento del consigliere Richon. In ciò la detta sentenza ha violata formalmente la legge cotanto conosciutà: *vani timoris justa excusatio non est. L. 184, ff. de reg. jur.* Cosa mai aveva a temere il defunto, ricusando di transigere, di subire cioè una condanna giudiziale? Se tale era il suo timore, era molto legittimo: *et metu fieri videtur, si magistratus recte intulit, l. 3, §. 11, ff. quod met. caus.*

» La violenza rimproverata al testamento è ancora più chimerica. È cosa ridicola il sostenere che un uomo possa essere giammai costretto a testare; poichè da una parte la disposizione resta sconosciuta, e dall'altra è rivocabile *ad nutum.* D'altronde, quali mai sarebbero gli autori della violenza? I figli naturali? *Pupillus nec velle, nec posse videtur.* La convenzione nazionale? I suoi emissarj? *Qui jure communi utitur, nunquam restitui potest.*

» 2. I riconoscimenti del signor Richon non sono proibiti dall'art. 337 del codice, poichè quest'articolo non è in vigore che dall'anno 11, e i riconoscimenti sono dell'anno 2.

» Indarno si vorrebbe rendere tollerabile la retroattività ricorrendo all'art. 1 della legge transitoria. Qui non si tratta punto di una successione *ab intestato*, ma di una eredità testamentaria: epperò il succitato articolo non è in alcun modo applicabile, conseguentemente lo è ancor meno l'art. 337 del codice.

» 3. Per ispogliare i figli naturali del beneficio degli articoli 2 e 3 della legge del 14 fiorile, anno 11, la corte di Bordeaux ha supposto che la transazione e il testamento fossero il frutto del timore e della violenza, senza che sia stato provato alcun fatto di tal natura. Essa ha deciso inoltre che la risoluzione del giudice di pace non era una sentenza, mentre egli era specialmente del potere di sentire le parti e di pronunciare. Che in fatto esse sono comparse, hanno discussi i loro diritti innanzi a lui, ed egli ha pronunciato. La decisione che assolve le parti dall'istanza, è una vera sentenza. Quella del giudice di pace Gaube ha acquistata l'autorità della cosa giudicata: essa fissa lo stato ed i diritti de' figli naturali, e l'art. 3 della legge citata prescrive di conformarvisi.

» L'avvocato Delamalle, a favore del convenuto, esponeva i mezzi consagrati dall'impugnata sentenza.

» Il signor Merlin procuratore generale imperiale ha opinato pel rigetto.

» È cosa certa, diceva egli, che ogni riconoscimento di figlio naturale deve essere volontario. Ogni ricerca di paternità è interdetta *Art.* 340.

» Esso deve inoltre essere solenne. L' art. 334. vuole che sia autentico: l' art. 756 che sia legale (legalmente riconosciuto).

» Sotto questo doppio rapporto, il riconoscimento degli attori in cassazione è vizioso. La transazione del 1792 è in conseguenza di una lite; è il risultato de' procedimenti giudiziarj: è nulla.

» In tal modo ha definita la corte di cassazione con differenti decisioni, segnatamente con quella del 5, termidoro, anno 5, sul rapporto del signor Cochard, e con quella del 13 vendemmiale dello stesso anno.

» In tal modo lo ha inteso il consiglio degli anziani, il 13 termidoro, anno 6, rigettando una risoluzione del consiglio de' cinquecento, del 13 fiorile precedente, la quale equiparava un riconoscimento forzato e contraddittorio, ad un riconoscimento volontario.

» Dall'altra parte, la corte d' appello di Bordeaux ha deciso che il testamento mistico del defunto Richon era il frutto della violenza. La corte ha apprezzati i fatti che costituiscono detto vizio: in cassazione non si può ritornare su questo punto.

» Ciò è anche applicabile alla decisione del giudice di pace. Essa era provocata dal timore. Il defunto Richon non osava esprimere la sua volontà; quindi nè l'art. 2. nè l' art. 3 della legge transitoria non possono ricevere la loro applicazione.

» D' altronde, tutti questi atti sono stati fatti durante il matrimonio del defunto, secondo l' art. 337 del codice, combinato con l' art. 1 della legge transitoria: essi non potrebbero pregiudicare nè alla moglie, nè ai suoi figli legittimi.

» La corte:

» Visto l' art. 337 del codice civile, e la legge transitoria del 14 fiorile, anno 11.

» Considerando che tutte le disposizioni di questa legge transitoria devono essere intese, per modo che ciascuna di loro sia in armonia col principio generale stabilito nell' art. 1: che l' art. 2 ne fornisce la prova nel tempo stesso che ne dà un esempio: che l' art. 3. non vi deroga che per un caso particolare, il quale supponga de' diritti aperti attesa la morte del preteso padre naturale, e non può intendersi che delle convenzioni e delle sentenze posteriori a detta morte, in vista de' quali questi diritti fossero stati allegati tra gli eredi del padre naturale ed i pretendenti al titolo de' suoi figli nati fuori di matrimonio.

» Considerando che il legislatore, rimandando al codice civile, per fissare lo stato ed i diritti de' figli naturali, non può considerarsi avere abrogato nello stesso istante l' art. 337, il quale è uno de' suoi articoli fondamentali il più eminentemente conforme alla pubblica morale.

» Considerando che se l' art. 3 della legge transitoria contiene una eccezione all' art. 1 della stessa legge, ciò è a motivo che le convenzioni e le sentenze, di cui detto art. 3 ordina l' esecuzione, avendo avuto luogo tra le parti, i diritti delle quali erano aperti, dette parti erano divenute allora padroni di estendere o di restringere a lor piacere questi stessi diritti; e che sottoscrivendo queste convenzioni, lasciando acquistare la forza della cosa giudicata a tali sentenze, esse si sono altresì creata volontariamente una legge speciale, che è cosa prudente di conservare; ma che fuori di questo caso di eccezione, l' art. 3 della legge transitoria è senza applicazione, e lascia al principio generale tutta la sua forza.

» Considerando in fatto, che i signori Richon, Brassier e Richon Grammont non sono punto in questo caso di eccezione, poichè tutti gli atti da essi invocati sono anteriori alla morte del signor Filippo di Richon, ed estranei al suo legittimo erede.

» Che tutti questi atti, emanati dal signor Filippo di Richon, hanno avuto luogo durante il suo matrimonio con la signora Seignouret, matrimonio dal quale è nato il signor Giuseppe di Richon, parte di Delamalle, e che annullando, sul fondamento del citato art. 337 del codice civile, la sentenza impugnata, si è conformata al testo formale di questo articolo: ciò che basta per escludere la domanda in cassazione;

» Considerando d' altronde che gli atti di

riconoscimento di figli naturali, o portanti fissazione de'loro diritti in questa qualità, non sono obbligatorj se non in quanto che sono liberi e volontarj; che il codice civile e la legge del 14 fiorile, anno 11, non contengono alcuna deroga alle leggi anteriori, le quali esigono questo carattere di libertà: che, lungi da ciò il codice civile, art. 1109, 1111, 1112, conserva espressamente la necessità di un consentimento libero.

» Considerando che il tribunale d'appello di Bordeaux ha deciso in fatto, che le confessioni e riconoscimenti di paternità, la di cui risultante eccezione si opponeva contro il minore Giuseppe di Richon, non sono stati fatti liberamente, per essere stati strappati dalla violenza o dal timore, e che detto tribrnale ha potuto decidere per tal modo, secondo i suoi lumi e la sua coscienza, senza contravvenire ad alcuna legge.

» Considerando in ciò che concerne particolarmente la transazione del 6 settembre 1792, che i giudici potevano egualmente dispensarsi dall'aggiugnere al motivo preso dall'art. 337 del codice civile, quello che essi hanno dedotto da ciò che essa era stata la conseguenza dei procedimenti giudiziarj esercitato dalla giovene Laborde, contro il signor Filippo di Richon; ma che questo sussidario non era meno valido in se, in ciò che una transazione di questa natura non può in alcun modo operare riconoscimento libero e spontaneo, senza del quale il figlio naturale, che la legge priva di azione in causa di dichiarazione di paternità, è inabile a riclamare alcuno de' diritti che l'art. 756 del codice civile non accorda che ai figli naturali legalmente riconosciuti.

» Rigetta, ecc.

§. 5. » Il figlio naturale riconosciuto non » potrà reclamare i dritti di figlio legittimo. » I dritti de' figli naturali saranno determi» nati nel titolo delle successioni. *Art.* 261 » *leg. civ.*

» Vedi *Successione* §. 37.

§. 6. » Ogni riconoscimento fatto per par» te del padre, o della madre, ed ogni ri» chiamo per parte del figlio potrà essere » impugnato da tutti coloro che vi avranno » interesse. *Art.* 262 *leg. civ.*

» Questo riconoscimento e questo reclamo potrà essere impugnato da tutti coloro, che ne abbiano interesse; perchè » dice Toullier non si possono impunemente cedere i dritti altrui colla supposizione di una falsa paternità o maternità.

» Per lo che il figlio che è il principale interessato può impugnare l'atto col quale un padre o una madre il riconoscessero per figlio loro ove egli credesse essergli estranei.

» Ma la sua opposizione al riconoscimento non sarà sufficiente per renderlo di nessuno effetto; egli dovrà provare, che il padre e la madre che lo hanno riconosciuto, non sono realmente tali, o che l'atto di riconoscimento è contrario alla legge.

» E ciò, perchè il codice non esige il consenso del figlio per render valido il riconoscimento fatto dal padre e dalla madre; e se l'art. 337 (260 leg. civ.) permette d'impugnare il riconoscimento, spetta a colui che cerca d'impugnarlo il provare che la sua opposizione è fondata; nè vi è su di ciò eccezione in favore del figlio. Bisogna dunque ch'egli provi, che l'atto di ricognizione enuncia una falsa paternità, o una falsa maternità, o che un tal atto è contrario alla legge. Per esempio se il riconoscimento tendesse a collocare il figlio nel numero degli adulterini, egli potrebbe opporsi, e farlo dichiarar nullo, come contrario all'art. 335 (258 leg. civ.).

» La madre che ha riconosciuto il suo figlio può egualmente impugnare il riconoscimento fatto da un uomo con cui ella non ha avuto commercio: ma la sua semplice opposizione non sarà sufficiente, come abbiamo detto qui sopra. Ella potrà egualmente far rigettare come contrario alla legge il riconoscimento fatto dalla parte di un uomo maritato.

» Il padre nella stessa guisa potrà impugnare il riconoscimento fatto da una falsa madre perchè ha interesse di conservare al suo figlio i drittti i quali possono derivargli dal riconoscimento di sua madre vera; che può aver delle ragioni per rimanersi tuttora celata.

» Gli eredi del padre e della madre possono egualmente impugnare il riconoscimento del figlio all'apertura della loro successione.

» Ma essi non potrebbero dimandare di provare, che un figlio riconosciuto da un padre libero sia adulterino per parte della madre rimasta incognita. *Toullier Corso di dritto civile tom.* 2 §. 964.

§. 7. » Le indagini sulla paternità sono » vietate. Nel caso di ratto, allorchè l'e- » poca di esso coinciderà con quella del » concepimento, il rapitore, sulla domanda » delle parti interessate potrà essere dichia- » rato padre. *Art.* 263 *leg. civ.*

Pel riconoscimento di più figli l'uno nato sotto l'impero delle leggi romane, gli altri sotto la legislazione posteriore, le indagini sulla paternità debbano indistintamente essere vietate per tutti? La negativa risulta dalla decisione della suprema corte, emessa nel dì 13 marzo 1821 distinguendo ella le disposizioni legislative in vigore dalle precedenti.

» *Fatto.* Nell'anno 1817 G. . . . . Donati con supplica al Re implorò la destinazione di un conciliatore per ricondurre il Marchese . . . . . . al suo dovere, poichè con promesse di matrimonio, dopo di averla strappata dalla sua professione di prima donna comica, e dopo di aver con lei procreati tre figliuoli, nel corso di lunga familiarità, finalmente l'aveva abbandonata.

» Rimessa la supplica per conciliazione al Prefetto di Polizia, costui riferì, che dal detto di testimonj degni di fede, e da molte lettere scritte di pugno del Marchese . . . . . . alla Donati, aveva verificato, che il primo distogliendola dalla professione di comica fin dall'anno 1805 aveva tenuto con lei una corrispondenza amorosa, che non era stata mai interrotta per lo spazio di circa anni dieci, nè aveva sofferto alcun raffreddamento; e che i tre figliuoli partoriti dalla Donati nel corso di tale corrispondenza si riputavano da tutti procreati col Marchese . . . . . . , il quale si era incaricato sempre de' mezzi di loro sussistenza di unita a quelli della lor madre. Fu quindi di avviso, che i detti tre figliuoli dovessero nella loro età minore essere mantenuti, ed educati a spese del detto Marchese, per indi fatti maggiori, promuovere la quistione del loro stato.

» Portato in seguito l'affare dalla signora Donati alla cognizione del tribunale civile di Napoli, questo con due sentenze, la prima de' 14 marzo, e l'altra de' 22 aprile 1818 ammise la stessa Donati a provare la filiazione de' tre figliuoli nati rispettivamente negli anni 1808 1810 e 1811 ed ordinò che intanto il Marchese . . . . le avesse corrisposto una sovvenzione di ducati 600 per abilitarla alle spese della lite, e ducati 200 al mese per alimenti provvisorj. Queste sentenze furono confermate dalla gran corte civile con decisione de' 14 aprile 1820 colla sola modificazione degli alimenti, che furono ridotti a ducati 180.

» Il Marchese . . . . . . si provvide per annullamento nella corte suprema. Egli dedusse, che la gran corte civile nella sua teoria ha violata la distinzione, che passa tra le leggi innovative d'interesse privato, e quelle d'interesse pubblico; mentre le prime non hanno effetto retroattivo, e le seconde colpiscono la persona nello stato in cui la trovano. 2. Che la stessa gran corte ha violata la distinzione di dritto acquisito, e di dritto acquisibile, che in linguaggio legale si dice *jus habendi*, *et jus possidendi*. 3. Che si è violato tutto il senso letterale della risposta data dal Marchese al Prefetto di Polizia. 4. Che finalmente si è violato l'art. 340 del cod. civ. con cui sono vietate le indagini sulla paternità, anche perchè si è confuso coll'art. 341 dello stesso codice.

» Dalla signora Donati si oppose il fine di non ricevere, per essersi dal ricorrente presentata in Cancelleria la copia del foglio di udienza e non già quella della decisione.

» La corte suprema con decisione de' 13 gennajo del corrente anno dichiarò ricettibile il ricorso, e differì ad altro giorno la decisione del merito.

» Per parte della signora Donati fu anche prodotto ricorso avverso la detta decisione, intimato alla controparte nel dì 12 gennajo del corrente anno.

» Udito il rapporto ec. ec.; ed inteso il pubblico ministero che colle sue conclusioni ha chiesto in prima di doversi dichiarare dalla corte ammissibile il ricorso prodotto dal Marchese, poichè la decisione impugnata contiene una diffinitiva, e non già una interlo-

cutoria. Discendendo quindi al merito, ha chiesto di doversi accogliere soltanto quel mezzo, che concerne la pruova della paternità ammessa per i due ultimi figli della Donati, che son nati sotto l'impero delle nuove leggi; e quindi annullarsi questa parte sola della decisione; rigettandosi per tutto il dippiù il ricorso medesimo. Ha chiesto poi il rigetto del ricorso della Donati.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione. Vist' i ricorsi.

» La corte suprema osserva, che nella decisione emessa dalla gran corte civile di Napoli, la quale è in esame vi sono varie quistioni da discutersi.

» 1. Se il ricorso del Marchese . . . . . per l' annullamento sia ammisibile, perchè trattandosi d' interlocutoria pronunziata dalla gran corte civile non si apre il ricorso alla corte suprema.

» Considerando però che interlocutoria egualmente fu la sentenza del tribunale civile, e che la Donati in appello non produsse alcuna opposizione per la sua inammisibilità; e quindi la gran corte civile non era nel caso di potervi pronunziare.

» Considerando che sebbene le leggi di procedura colpiscono anche le cause pendenti, nondimeno nello stato della causa attuale questa massima non poteva aver luogo. La causa fu giudicata nel tribunale civile, sotto l'impero del passato codice di procedura, ed in quel tempo poteva appellarsi anche delle interlocutorie per l'art. 451 del detto abolito codice. Il divieto dell' appello delle sentenze interlocutorie derivò dall' art. 515 del novello codice, dette leggi della procedura ne' giudizj civili. La norma legale, che si legge nella novella 115 di Giustiniano, si è che una sentenza appellata, che sia emessa sotto l'impero della legge vecchia, debba esser giudicata in appello colla stessa legge, non ostante che sia nel frattempo sopravvenuta la legge nuova contraria.

» Considerando, che la interlocutoria, la qual' è in quistione, comprende anche disposizione diffinitiva rispetto a due de' tre figli della Donati, ed una disposizione provvisoria, e perciò ben potè competere l'appello.

» Considerando, che queste osservazioni non sono contrarie all' arresto di questa corte suprema del dì 13 gennajo del corrente anno, allorchè decise di essere quel ricorso ricettibile, perchè ora si esamina l' ammisibilità, e quindi la corte suprema conosce, che il ricorso succennato sia ammisibile.

» 2. Nel merito poi osserva la corte suprema, che l' atto di pruova ordinato dal tribunale civile con sentenza de' 14 marzo 1818 per lo primo figliuolo nato sotto l'impero delle leggi romane, come pure gli alimenti provvisorj per lo medesimo non incontra ostacolo alcuno di legge. L'art. 340 del codice civile, che vieta le ricerche sulla paternità non poteva avere forza retroattiva; e perciò le ricerche medesime, circa il primo figliuolo dovevano essere permesse.

» 3. Per quello, che riguarda il destino degli altri due fanciulli nati in febbrajo 1810 ed in agosto 1812 sotto l' impero del codice civile, vi è la legge espressa del succennato art. 340 col quale letteralmente sono vietate le ricerche sulla paternità.

» Osserva però la corte suprema, che le indagini medesime quando per avventura si siano avute per vie oblique, possono, e debbono servire di fondamento alla decisione della causa, senza contravvenirsi al succennato articolo. Tale sarebbe il caso di un figliuolo adulterino, quando in un procedimento penale fosse stata condannata la madre adultera, ed allora le pruove raccolte gioverebbero al fanciullo adulterino per ottener gli alimenti dal di lui genitore. Nella specie attuale vi sono le indagini compilate dal Prefetto di Polizia in qualità di conciliatore, e da queste risulta la corrispondenza amorosa della Donati col Marchese . . . . . per lo discorrimento di dieci anni; che non vi fu giammai alcuna querela di raffreddamento di amori; che largamente il Marchese manteneva la Donati, ed avea cura della di lei salute con gratificazioni in arte più salubre; come pure de' figliuoli da lei nati, le quali cose apparivano dalle molte lettere dello stesso Marchese, da lui non impugnate, e dai detti di parecchie persone degne di fede. Queste indagini furono trasmesse al tribunale civile, e furono il fondamen-

to delle due sentenze, e della decisione della gran corte civile in grado di appello.

» 4. Considera però la corte suprema, che in questo genere di cause vi sono sempre due giudizj di lor natura separati, l'uno degli alimenti, l'altro dello stato del fanciullo. Ulpiano nella *l.* 5 §. 9 *D. de agnosc.*, *et alend. lib.* chiaramente fa conoscere che nello stabilire gli alimenti bastano le semi pruove, e che la pronunciazione di questi non fa pregiudizio alcuno alla verità. *Meminisse autem oportet, et si pronunciaverint alii oportere, attamen eam rem praejudicium non facere veritati. Nec enim hoc pronunciatur filium esse, sed alii debere. Et ita Divus Marcus rescripsit.*

» Di fatti si distinguono sempre gli alimenti dalla filiazione; che gli uni pronunciati non pregiudichino l'altra. Se ad una moglie, rispose Ulpiano nella *l.* 1. §. 7. *D. simul. vent. nom. in posses. calum. caus. esse dicet*, vennero in disputa gli alimenti erogati nel tempo del possesso, dopo svanita la pretesa gravidanza, disse il giureconsulto, che se innocentemente, e senza calunnia la moglie aveva ottenuta la possessione *ventris causa*, non era tenuta a restituzione, non ostante che *sine causa alita sit sub praetexta ventris*.

» 5. Gli alimenti medesimi anche quelli, che si stabiliscono per necessità di legge, e che non derivono da contratto, o da legato, e sogliono chiamarsi alimenti per officio di pietà, debbono comprendere non solamente il vitto, ed il vestire, secondo la qualità, e condizione delle persone, tanto di coloro che alimentano, che di quelle, che sono alimentate, ma eziandio l'abitazione ed i medicamenti; ciò è chiaro nelle leggi romane. Comprendono ancora le spese degli studj, e delle arti liberali, secondo il prudente arbitrio del giudice nè casi nè quali si tratta di figliuoli procreati da persone nobili. Vi è un bel esempio, che serve di argomento nella legge. *Sed si quid* 15. §. *Mancipior D. de usufr. et quemad. quis utat.* Queste considerazioni, ed il fondamento avuto delle presunzioni, che i figliuoli della Donati appartenessero al Marchese, servirono di fondamento, e di base alla gran corte civile nello stabilirli provvisoriamente. Ed egli è notabile, che la determinazione della quantità degli alimenti, dovendo essere proporzionata alla quantità del patrimonio dell'alimentante, ed alla condizione delle persone alimentarie, non sembra, che la gran corte civile abbia avuta questa norma: e che perciò avesse violate le regole legali. Ma la corte suprema osserva, che la fissazione degli alimenti fu provvisoria durante la lite, e non già fissa, per tempo e per vera quantità di essi; e perciò è che in questa fissazione provvisoria non ha violata alcuna legge, dovendosi sempre stabilire, che i figli debbono alimentarsi provvisoriamente pendente la decisione nello stato di essi, e senza pregiudizio della verità di questo stato medesimo.

» Nè vale l'opinione emessa dal conciliatore Prefetto di Polizia di doversi sospendere la cognizion dello stato di que' fanciulli agli anni della pubertà a' termini dell'editto Carboniano. Quell' editto riguarda i figli veri di padre, che sarebbe legittimo, ma de' quali si dubita di esservi stata supposizione di parto; li figli naturali sono ora nell' attuale giurisprudenza coloro, che siano nati fuori di matrimonio, e non riconosciuti. Quindi sebbene sono questi secondi nella classe degli alimentarj provvisorj per effetto di quegli argomenti presuntivi, li quali (comunque siano raccolte) potrebbero dimostrarne l'origine, pure non bastano a decidersi del di loro stato.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema di giustizia decide di essere ammisibile il ricorso del Marchese ed accogliendolo soltanto per ciò, che concerne le indagini della paternità ammesse per i due ultimi figli della Donati, annulla questa parte sola della decisione; e ne rinvia l'esame ad un altra camera della stessa gran corte. Rigetta poi tutti gli altri mezzi dello stesso ricorso; ed ordina, che la decisione in tutte le altre parti si esegua, e si restituisca il deposito.

» Dichiara infine irricettibile il ricorso della Donati.

§. 8. » Le indagini sulla maternità sono » ammesse.

» Il figlio che reclamerà la madre, dovrà » provare che egli è identicamente quel me» desimo che essa ha partorito. Non sarà » ammesso a somministrarne la pruova per

» testimonj, se non quando vi sia già un
» principio di pruova per iscritto, o quan-
» do le presunzioni o gl'indizj risultanti da
» fatti sino a quel tempo costanti si trovino
» abbastanza gravi per determinare l'ammes-
» sione. *Art.* 264 *leg. civ.*

La corte di appello d'Aix con decisione de' 25 ventoso anno 12 ritenne il principio che un figlio naturale non riconosciuto legalmente dalla madre non possa conseguire la sua parte nella di costei eredità abbenchè riconosciuto dal padre.

» *Fatto.* Nel mese di nevoso, anno 8, Alessio Pons contrae matrimonio con Maria-Rosa Rey in faccia alla Chiesa. Egli non ne fa stendere l'atto dall'officiale dello stato civile.

» Li 18 nevoso, anno 9, questi conjugi ebbero un figlio, che venne inscritto sotto il nome di Giuseppe, avente per padre Alessio Pons, presente all'atto, e che sottoscrisse; e per madre Maria-Rosa Rey. Questa muore ventitre giorni dopo.

» Alessio Pons reclama la sua eredità a nome di suo figlio.

» La vedova Rey, madre della defunta, riconosce formalmente questo bambino per suo nipote: essa lo reclama per averne cura; ma nega ad Alessio Pons la qualità di padre.

» In seguela ad un interlocutorio e ad un processo informativo si riconosce e si ha per provato, che Alessio Pons era il padre, e Maria-Rosa Rey la madre di quel bambino.

» A' 28 messidoro, anno 9, sentenza definitiva che » riconosce la filiazione della
» prole naturale bastevolmente provata in
» tal caso, ammette il padre a raccorre
» l'eredità della defunta ».

» Pendente l'istanza in appello, muore il bambino; una tal circostanza rende anco più interessante l'affare.

» Si promulga intanto il codice civile.

» Alessio Pons continua le procedure in qualità di erede di suo figlio: egli però in sull'appoggio degli art. 757 e 765 del codice, restringe la sua domanda alla metà dell'eredità.

» La vedova Rey e sua figlia sostengono che il figlio non essendo stato riconosciuto dalla madre, esso non aveva potuto conseguire la di lei eredità: che d'altronde, quando morì, il suo stato ed i suoi diritti erano tuttora indecisi e sospesi, nè potevano essere definitivamente fissati da' tribunali: che quindi egli nulla aveva trasmesso a suo padre.

» Le loro ragioni trovansi sviluppate nel seguente decreto.

» È assai sorprendente, rispondeva l'appellato, che le signore Rey osino oggidì contrastare lo stato del figlio, quand'esse hanno personalmente assistito al matrimonio di sua madre; quand'elleno furono testimoni della sua nascita; quand'esse lo hanno formalmente riconosciuto all'ufficio di pace e davanti i primi giudici; quando per fine la sua filiazione è provata da un processo autentico.

» Sotto tale rapporto elleno sono inammissibili a rimettere in questione lo stato di questo figlio, ed a contrastare i diritti da esso acquistati.

» In sostanza, la sola indagine della paternità era vietata, sia dallo spirito della legge di brumale, sia dal testo del codice.

» La madre del figlio naturale essendo morta nell'intervallo, è d'uopo, a termini della legge transitoria, ricorrere a' titoli del codice sulla paternità e filiazione, e sopra le successioni.

» Il primo di questi titoli, cap. 3, fissa lo stato de' figli naturali. Esso porta, art. 341, che le indagini sulla maternità sono ammesse. Il figlio non è tenuto a provare se non che la sua identità, purchè vi sia un principio di prova per iscritto.

» Ora qual principio di prova più positivo che l'atto di matrimonio di sua madre davanti la Chiesa: che l'atto di nascita del 18 nevoso, anno 9: che la dichiarazione fatta all'ufficio di pace, e avanti i primi giudici da sua avola e da sua zia materna?

» La prova ammessa da' primi giudici non poteva dunque essere ricusata.

» Si obbietta che il riconoscimento del padre senza l'indicazione e l'approvazione della madre non ha effetto se non che riguardo al padre, art. 336. Qui Maria-Rosa Rey, sebbene indicata qual madre, non ne ha però fatta la dichiarazione; dunque l'atto di nascita non ha effetto che riguardo ad Alessio Pons.

» Si risponde che Giuseppe Pons non appoggia la sua filiazione al solo atto del 18 nevoso. Sottoscritto questo solamente dal padre, non obbliga che lui solo; ma indicando altresì il nome della madre, esso serve di fondamento alla prova testimoniale, permessa dall'art. 341, per indagare la maternità.

» Si obbietta inoltre: l'art. 341 di cui Alessio Pons si prevale, non lo riguarda in alcun modo: il di lui figlio, se fosse vivuto, avrebbe forse potuto invocarlo; ma il favore della legge non riguarda che il solo figlio naturale, non estendendosi sino a quegli che pretendesse raccogliere i di lui beni.

» *Risposta.* Non fu il padre, ma il figlio che fece l'indagine permessa da questo articolo. Alessio l'ha chiesta ed ottenuta a nome di Giuseppe; e non è che in appello e dopo la morte di suo figlio, che, come erede, Alessio insiste sulla prova precedentemente acquistata, tal quale glie la permette l'art. 330 del codice.

» A che tendono adunque tutti cotesti sforzi, proseguono le signore Rey? Da una parte le indagini sulla maternità erano vane; allorchè furono ordinate. Nell'anno 10, i figli naturali erano ancora avvolti nell'incertezza de' loro diritti, durante l'intervallo della legge di brumale. Ancorchè Giuseppe Pons fosse stato autenticamente e volontariamente riconosciuto da sua madre, non avrebbe perciò allora raccolta la sua eredità; dunque il riconoscimento ch'egli avesse voluto ottenere, sarebbe stato illusorio: *frustra probatur quod probatum non relevat.*

» Dall'altra parte, il figlio è morto durante questo intervallo. Non avendo egli potuto ricevere alcuna cosa per se medesimo, non avendo tutt'al più che delle speranze, egli non ha trasmesso alcun diritto a suo padre.

» Risposta. A torto si sostiene che il figlio naturale non avesse, durante quell'intervallo alcun diritto. Tuttocchè ei non potesse esercitarli, a motivo di non essere determinati nè esigibili, i suoi diritti non erano però meno certi e transmissibili in caso di morte.

» E' incontrastabile che la legge transitoria ha per effetto di riportare al 12 brumale, anno 2, l'esecuzione delle disposizioni del codice che regolano lo stato ed i diritti de' figli naturali. Ora in virtù di tale finzione si resta convinto che l'indagine sulla maternità è ammessa, e che si può acquistarla mediante la prova vocale.

» Il tribunale che accordò questo mezzo per provare la filiazione di Giuseppe Pons, rispetto a sua madre, ha dunque fatta una giusta applicazione della legge transitoria del codice civile.

» Considerando che la nullità risultante dal non contenere la sentenza appellata, nè le questioni di diritto e di fatto, nè i motivi, si estende al processo informativo fatto in esecuzione di tale sentenza, ed a quello del 26 messidoro seguente, essendo di massima che il vizio del primo atto si comunica a tutti gli altri che ne derivano.

» Considerando che l'atto di nascita di Giuseppe Pons porta la data del 18 nevoso, anno 9, e che Maria-Rosa Rey, sua pretesa madre naturale, è morta li 18 piovoso seguente, senza che consti aver ella in alcun modo riconosciuto questo figlio.

» Che la legge del 12 brumale, anno 2, non regola che lo stato ed i diritti de' figli naturali, i di cui genitori fossero morti; che essa dichiarò che lo stato ed i diritti de' figli nati fuori di matrimonio, i di cui genitori esistessero all'epoca della promulgazione del codice civile, sarebbero in ogni punto fissati dalle disposizioni di questo codice; e che essa nulla stabilisce a riguardo di quei figli, i di cui genitori morissero nell'intervallo tra la pubblicazione della legge del 12 brumale, anno 2, e la promulgazione del codice.

» Che non si può rivocare in dubbio la lacuna che esisteva nella legislazione, riguardo a' figli naturali di quest'ultima specie, dopo la legge del 14 fiorile, anno 11; imperciocchè se fu d'uopo di emanare una legge per determinare il loro stato ed i loro diritti, essi non avevano dunque avanti tal'epoca nè stato nè diritti. Alessio Pons era dunque privo di azione, ed il tribunale del Puget-Théniers, ammettendo questa azione, pregiudicò de' diritti che la legge aveva lasciati in sospeso, ed arrogossi con ciò l'autorità legislativa.

» Considerando che i figli naturali, il di cui padre o la cui madre erano morti dopo la legge del 12 brumale anno 2, essendo privi di azione, la prova della pretesa filiazione naturale di Giuseppe Pons non poteva essere ordinata: che tanto meno doveva essere ammessa, quantocchè l'articolo 8 di questa legge non autorizzava la prova testimoniale, se non che riguardo allo stato ed a' diritti de' figli nati fuori di matrimonio, il di cui padre o la cui madre erano morti avanti la promulgazione di questa legge; e perchè l'art. 10 rimetteva al codice civile tutti quelli, i di cui genitori esistessero al tempo della promulgazione di detto codice.

» Considerando che i diritti de' figli naturali che si trovano nella situazione di Giuseppe Pons, non essendo fissati al tempo della morte di Maria Rosa Rey, nè questi essendo mai riconosciuto, non aveva quindi alcun titolo per esser messo in possesso dell'eredità di quest' ultima, che fu raccolta da Maria-Chiara Rey, sua sorella ed erede naturale.

» Considerando che Alessio Pons non ha diritto di reclamare oggidì sotto qualunque rapporto la metà di questa eredità, come erede di suo figlio naturale, morto li 28 ventoso, anno 10 durante l'istanza d'appello.

» Che quest' ultimo, se anco vivesse, per non essere mai stato riconosciuto dalla sua pretesa madre naturale, non potrebbe esercitare verun diritto sulla di lei eredità. Il codice civile, al quale i figli naturali, della classe di Giseppe Pos, sono rimessi dalla legge del 14 fiorile, anno 11, non accordò loro i diritti sopra i beni del loro padre o della loro madre defunti, se non se quando fossero stati legalmente riconosciuti.

» La indicazione di Maria-Rosa Rey per madre del fanciullo presentato all'ufficiale pubblico da Alessio Pons, che questi si è permessa nell' atto di nascita del 18 nevoso, anno 9, non può aversi come un riconoscimento della pretesa madre naturale, che non ha concorso da se medesima a quest' atto di nascita. Il riconoscimento del padre non confermato dalla madre, non ha effetto che riguardo al padre (art. 11 e 12 della legge del 12 brumale, anno 2; risposta del comitato di legislazione alla 9 questione sopra di questa legge; art. 336 del codice.).

» Il motivo d'inammissibilità che oppone Alessio Pons, tratto da un preteso riconoscimento del figlio naturale per parte della vedova Rey, e risultante dal processo verbale dell' officio di pace e da due sentenze appellate, non può essere ammesso. Le sentenze già dichiarate nulle non hanno forza di provare una confessione giudiziale. D'altronde ne' giudicati in questione, e nel processo verbale dell' ufficio di pace, la vedova Rey ha reclamato il figlio naturale di sua figlia, senza riconoscere ch' era quel medesimo figlio quello di cui Alessio Pons voleva esercitare i diritti, e che non era rappresentato. Il linguaggio che si è fatto tenere alla vedova Rey in quegli atti, la cui redazione è riconosciuta viziosa, ancorchè fosse in se meno equivoco, non avrebbe potuto assicurare lo stato di Giuseppe Pons, specialmente a riguardo di Maria-Chiara Rey; sorella della pretesa madre naturale, e sua unica erede, giusta le leggi allora vigenti.

» Se anco esistesse il riconoscimento della pretesa madre naturale, e potesse essere in qualche modo supplito, la morte di Giuseppe Pons avvenuta prima della pubblicazione del codice, impedirebbe che il di lui padre potesse rappresentarlo, e ricorrere alle disposizioni di questo codice, di cui questo figlio, se fosse vivuto, avrebbe potuto prevalersi.

» La disposizione del art. 765 del codice che deferisse l'eredità del figlio naturale, morto senza posterità, al padre o alla madre che lo avrà riconosciuto, ovvero per metà a ciascuno di essi, quando sia stato riconosciuto da entrambi, non ha luogo che per le successioni che si apriranno all'avvenire.

» La legge transitoria del 14 fiorile che diede in qualche modo un effetto retroattivo a' titoli del codice sulla paternità e filiazione, e sopra le succesioni per determinare lo stato ed i diritti de' figli naturali, i di cui genitori fossero morti tra la legge del 12 brumale, anno 2, e la promulgazione del codice, fu fatta per l' interesse de' soli figli naturali, e non per quello de' genitori che lor sopravvissero. Questi non meritavano alcun

favore, nè dovevano essere ammessi a godere, per lo passato, di un diritto di successibilità, che non aveva mai acquistato il figlio naturale cui volevano rappresentare, e che non fu loro accordato per l'avvenire, se non che per un sentimento di preferenza in concorso del fisco.

» Considerando per ultimo, che la prova offerta da Alessio Pons, non dev' essere ammessa, perchè non è erede del figlio naturale. Ed ancorchè fosse considerato come tale, ei non potrebbe applicarsi l'art. 341 del codice, che autorizza il figlio naturale, reclamante la madre, a provare di esser egli identicamente quel medesimo ch' essa ha partorito. Al solo figlio naturale è concesso d'invocar questo articolo, e non a quelli che lo rappresentano. Il silenzio della legge può tanto meno esser supplito, come si pretende, quantocchè nel cap. 2 dello stesso titolo si autorizza l'azione degli eredi del figlio legittimo; e se si sono limitati i diritti di questi a certi casi, come supporre che gli eredi del figlio naturale abbiano maggior diritto di quelli, e che ha il figlio legittimo, senza che la legge autorizzi la loro azione?

» Per sì fatti motivi, e senza avere riguardo alla domanda ed immissione in possesso della metà de' beni di Maria-Rosa Rey, da cui viene escluso e spossessato, assolve Maria-Margherita Meujaud vedova Rey, e Maria-Chiara Rey sua figlia, dall' istanza delle cose domandate in giudizio, ec.

§. 9. » Il figlio non è giammai ammesso » a fare indagini sulla paternità e sulla ma» ternità ne' casi in cui, a' termini dell' ar» ticolo 258 (§. 2) non si fa luogo al ri» conoscimento. *Art.* 265 *leg. civ.*

» Infatti, dicono gli autori delle pandette francesi, la scoperta della paternità o della maternità non può mai più produrre altro effetto che il riconoscimento. Dacchè questo riconoscimento è vietato riguardo a' figli adulterini o incestuosi, o dacchè è nullo, e non opera cos' alcuna, la ricerca non può e non debb' essere accolta; giacchè non può condurre nè all'uno, nè all'altro di questi due stati. *Osservaz. all' art.* 342 *del cod. civ.*

RINUNZIA DELLA EREDITA'. §. 1. » La » rinunzia ad una eredità non si presume, nè » può farsi altrimenti che presso la cancelleria » del tribunale civile della provincia o valle » in cui si è aperta la successione, sopra un » registro particolare tenuto a tal effetto. Per » le eredità che non eccedono il valore di » ducati trecento, potrà farsi nel modo stes» so presso la cancelleria del giudice di cir» condario rispettivo. *Art.* 701 *leg. civ.*

A questo articolo convien riunire quelle nozioni somministrate da Pothier su la persona, che può rinunziare una eredità.

» Quelli a cui una successione è deferita » egli dice » possono ripudiarla, purchè siano persone capaci di alienare (*art.* 384 *leg. civ.*). Perciocchè quantunque la rinunzia di una successione non sia un' alienazione propriamente detta, quegli che ripudia una successione tralascia di acquistare anzi che non aliena, *non alienat qui omittit hereditatem*; nondimeno siccome quegli che ripudia si pregiudica e si priva della facoltà che aveva di potere accettare una successione vantaggiosa, questa rinunzia di successione sente di alienazione, e non dee essere permessa che alle persone le quali sono capaci di alienare.

» Secondo questi principj un minore non può validamente rinunziare ad una successione senza l'autorità del suo tutore. Un figlio ed un' insensato lo possono ancora meno; perciocchè questo atto racchiude una volontà che non si trova in queste persone. Una moglie sotto la potestà del marito non può pure, secondo il nostro principio, ripudiare le successioni che le sono deferite, senza essere autorizzata da suo marito.

» Si può ripudiare una successione per se stesso o col mezzo di un altro, come per mezzo di un procuratore munito di una procura speciale all' oggetto.

» Un tutore può ripudiare una successione deferita al suo minore, un curatore può ripudiare quelle deferite a coloro che sono sotto la sua curatela. *Pothier. Trattato delle successioni. Vol.* 2. *cap.* 3 *art.* 3 *sez.* 4.

Cujacio esamina il caso, se colui il quale abbia adita l'eredità, questionando con altri sulla eredità medesima, dichiari non es-

sere erede, possa questa dichiarazione aversi per valida. Sostiene la negativa.

» Objiciebat aliquis, quod dicitur, confessos in jure haberi pro judicatis, posita specie hujusmodi heres qui adierat hereditatem, dixit in jure, forte cum lis esset cum alio de hereditate, se heredem non esse. Interrogatus ab adversario, vel a praetore, respondit, se heredem non esse, qui tamen heres erat, qui adiverat, vel immiscuerat se; an jus quod acquisivit amittit? Sic videbatur quibusdam, quod confessi in jure pro judicatis habeantur, non etiam confessi extra jus, vel extra judicium *ex 12 tab. aeris confessi, rebusque jure judicatis* comparat confessum cum judicato, vel adaequat, ut in *L. post rem D. de re jud. L. donari* 29 *§. 1. D. de don.* Ergo qui confessus est in jure se heredem non esse, pro eo habetur, ac si judicatus esset heres non esse. Res judicata habetur pro veritate, quamvis verum sit eum acquisivisse hereditatem, et heredem esse, et confessio igitur illius est habenda pro veritate, licet acquisiverit hereditatem; sed respondet imperator in *L.* 4 id quod vulgo dicitur *confessum in jure pro judicato haberi* pertinere tantum ad heredem qui in jure confitetur se debere certam pecuniam, ut hic pro rite damnato habeatur. Non pertinet autem ea sententia ad eum qui falso negat se heredem esse repudiandi causa post adquisitam hereditatem: nam nec hac ratione, quod semel adquisivit repudiare potest, et haec est sententia l. 4 haec autem regula, *ut quod adquisitum est repudiari non possit*, ita procedit, ut nemo id quod adquisivit possit repudiare per se, id est per personam suam: *Cujacii Comment. in tit.* 31 *de repud. vel etc. lib.* 6 *cod. tom.* 9 *p.* 785.

La riuncia della donna all' eredità paterna esclude anche costei dalla successione del fratello, tra li di cui beni si rinviene la eredità del padre? Alciati riunisce gli argomenti per la negativa.

» Si ex forma statuti foemina excludatur ab hereditate patris existentibus masculis, censeatur exclusa a successione fratris, in cujus bonis reperitur hereditas patris adita? Et doctores communiter in *L.* 1 *§. veteres D. de acquir. pos.* tenent quod non; quia ista non dicitur amplius hereditas patris, sed fratris *L. sed si plures §. filio D. de vulg.* et idem tenet Fulg. in *L. quanquam cod. ad leg. falcid.* Quod procedit, etiam si talis hereditas adhuc non esset adita per fratrem, secundum Aret. *cons.* 161 *et cons.* 162. Quod intellige in casibus in quibus habeat jus transmittendi in heredem, de quibus dicendum in *L. ventre cod.* Et quae dicta sunt de statuto, procedunt etiam in renuntiatione hereditatis paternae quam facit filia, secundum formam *c. quamvis de pact. in* 6 ut non comprachendat fraternam, dato quod in ea esset jus adeundi paternam hereditatem. *Alciati Com. in D. tit de acquir. vel omitt. heredit. n.* 6.

Il figlio che rinunzia la paterna eredità è condannato a pagare quei debiti che il padre ha contratti per alimentarlo, e per provvedere alla sua educazione? Voet risolve la questione affermativamente.

» Effectus repudiationis est, quod ea onus omne aeris alieni hereditarii evitetur; eo excepto quod jure civili filius, licet patri heres non sit, nihilominus debitum primipilare paternum agnoscere, ac fisco solvere obstrictus fuerit. *l. ult. Cod. de primipilo.* Cui consequens est, ut si pater mutuum sumserit, aut aliter aes alienum contraxerit, in alimenta liberorum, aut sumtus in studia, peregrinationem, et similia, liberi, a paterna abstinentes hereditate neutiquam ad debiti illius exsolutionem compellendi sunt; maxime, cum nec filia dotem, quam accepit a vivo patre, sine fraude creditorum dante, restituere aut conferre teneatur *arg. l. ult. D. de dotis collatione. Voet. ad Pandectas. lib.* 29. *tit.* 2. *de acquir. vel omit. hered. n.* 36.

§. 2. » L' erede che rinunzia è considera-
» to, come se non fosse mai stato erede.
» *Art.* 702 *leg. civ.*

La rinunzia in questo caso non mai dee considerarsi per tacita, quando alcune circostanze concorressero per dimostrarla. Ella dee essere espressa; cioè fatta legalmente presso la cancelleria del tribunale civile della provincia nel modo come si è indicato nell' articolo precedente (§. 1). Intanto è mestieri conoscere diverse questioni trattate da' più distinti giureconsulti su la specie.

1. Se avviene che dopo la rinunzia della eredità della madre l'erede pretenda la stessa eredità sul pretesto della ignoranza di dritto questa domanda non può essergli ammessa. Questa massima viene dettata dall' imperatore Gordiano.

» Cum ignorantia juris excusari facile non possit si major annis 25 hereditati matris tuae renuntiasti, sero prece subveniri tibi desideras. *L.* 2. *Cod. de juris et facti ignorantia.*

Casus. Quidam fecit talem quaestionem: mater mea mortua est, ejus hereditatem repudiavi, quam nunc vellem: nunquid ego eam petere potero? Dicit imperator: quare repudiasti? Dicit ei; domine, juris ignorantia ductus. Respondit imperator: sero venisti ad petendam illam hereditatem, eo quod per ignorantiam juris eam repudiasti. V*ivianus.*

Brunemanno nell' analisi di questa legge osserva una eccezione che il dritto romano ammette nelle sola ipotesi della successione della madre; dappoicchè il medesimo benefizio non viene compreso nella eredità paterna.

» Qui majorennis maternae hereditati renuntiat errore juris, illi non subvenitur, aliud in hereditate paterna per *L. fin. cod. de rep. hered.* Differentiae ratio: quia in paterna hereditate filius est heres suus, in materna tantum est extraneus, et ita conciliat hos textus Caldas ad *L. si curatorem, verbo laesis n.* 4 *cod. de restit. minor.* Sed fortius obstat *L.* 6 §. 1 *D. ad S. C. Tertul.* quam nonnulli non de vera repudiatione, aut certe de repudiatione extrajudiciali intelligunt; alii vero de successione ab intestato, ubi extensio temporis: hanc vero de successione ex testamento intelligunt. Sane hic duplex ratio decidendi, 1. error juris 2. lucrum quae ambo in *d. L.* 6 §. 1 non concurrunt. *Brunnemanni Com. in cod. ad L.* 2 *tit. de juris et facti ignorantia.*

2. D'altronde la rinunzia può rivocarsi sul motivo, che il rinunziante non ha conosciuto il testamento? Valga per l' affermativa il responso di Cajo, che consagra il principio di non potersi transigere su di ciò che dipende dall' ultima volontà del testatore se non chiaramente si conosca quanto il medesimo abbia disposto su la sua successione.

» De his controversiis quae ex testamento proficiscuntur neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti. *L.* 6 *D. de transactionibus.*

Casus. Si mihi aliquid sit in testamento relictum, non possum transigere super isto legato, nisi prius ostentatur testamentum. *Vivianus.*

3. Colui che ripudia l' eredità decade egualmente dal legato fatto a suo beneficio? Cujacio sostiene la negativa.

» Si emancipatus ex parte heres scriptus legatum etiam accepit, repudiata hereditate, non prohibetur legatum patere. Igitur et si suus institutus sit pro parte, et legatum acceperit, deinde abstinuerit, non prohibetur legatum petere. Et vero suus totum legatum petet *L.* 17 *D. de legatis* 1 non obstante regola Catoniana: nam licet heredi inutiliter legetur a semetipso, et legatum illud non valeat, nisi pro parte coheredis, et tamen is qui repudiat, vel abstinet, pro herede non habetur, et ei relictum legatum totum ab initio constitisse intelligitur. Nec possis dicere: eum qui repudiat, impugnare judicium defuncti, ideo legati petitionem denegandam esse. Impugnat qui testamentum inofficiosum dicit, vel qui falsum, hic legatum amittit. *Cujacii Comment. in tit.* 1 *de legatis* 1 *lib.* 30 *Digest. T.* 7 *p.* 1065.

4. Instituito alcuno erede sotto condizione, e questa pendente se egli rinunzia l' eredità, ma dopo avverata la condizione l'adisce, possa la rinunzia esser valida. Duareno risolve la questione negativamente.

» Heres est institutus sub conditione: nondum existit conditio, repudiavit hereditatem, postea extitit conditio, vult adire. Objicitur ei, quod adire non potest, quia repudiavit: quaeritur an valeat repudiatio? Non potest ea repudiatio ei nocere, quominus postea hereditatem acquiret existente conditione. His dicitur, non valere repudiationem, quia hereditas nondum ei delata erat. Hereditas dicitur delata, quam quis adeundo consequi potest *L. delata* 151 *D. de verb. signif.* At hereditatem non posse consequi heres adeundo, qui est institutus sub conditione, quandiu conditio pendet. *Duareni Com. in tit. de acquir. vel omittenda hered. cap.* 8

5. Il figlio che dopo aver rinunziata la eredità paterna rimane ancora nella casa del padre, questo atto rende la sua rinunzia rivocata? Paolo de Castro sostiene la negativa.

» Si filius qui se abstinuit ab hereditate paterna, nihilominus in domo paterna remansit ex aliqua alia justa causa, non videtur abstentionem suam revocare, sed ut inquilinum, vel custodem dic; quia postquam repudiaverat hereditatem paternam aliquis creditor pro suo credito accepit possessionem dictae domus, et eam postea locavit filio, et sic apparet qui eam tenet, non ut heres, sed ut inquilinus, vel fuit sibi assignata in custodiam a judice per dote materna propter quam tenet hereditatem patris; cum ergo istis casibus appareat, qui non ut heres, sed ex alia causa tenet, non censetur per hoc suam repudiationem, vel abstentionem revocasse si non apparet secus cum posset eam revocare intra certum tempus, si erat intra illud, et sic posset conveniri ut heres a creditoribus. *Pauli de Castro secunda super codice L. si quis suus. De rep. vel abst. heredit.*

6. Finalmente dati due testamenti uno perfetto, e l'altro imperfetto, nei quali fosse alcuno istituito erede, se egli rinunzia l'eredità compresa nel secondo, questa rinunzia gli niega ogni dritto alla successione in virtù del testamento precedente? Voet riunisce le dottrine per la negativa.

» Si quis priore testamento perfecto, et posteriore imperfecto heres scriptus, ex posteriore imperfecto hereditatem repudiavit, cum putaret posterius valere, ex priore perfecto eum adire non posse, adeoque eam legitimis delatam esse Papinianus judicavit *l. Clodius Clodianus* 97. *D. h. t.* improbante Paulo jureconsulto in *d. l.* repugnante quoque juris ratione: cum utique repudiare non possit intelligi ex primo testamento, qui ignorat eo, utpote per posterius opinione sua rupto hereditatem sibi delatam esse, nec sibi nocuerit repudiando ex posteriore, ex quo tanquam imperfecto delata non est *arg. d. l.* 17. §. 1. *D. h. t.* nisi pro Papiniani judicato praesupponamus agi in *d. l.* 97 de herede, non per facti sed juris errorem existimante, posterius valere, atque ita errantem in jure pro sciente habeamus. *Voet - ad Pandectas lib.* 29. *tit.* 2. *de acquir. vel omittenda her. n.* 37.

§. 3. » La parte del rinunziante si accresce a' suoi coeredi: se è solo, si devolve » al grado susseguente. *Art.* 703 *leg. civ.*

Questa massima è dettata da Giustiniano.

» Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem, vel morte, vel alia causa (*ut si defecerit conditio sub qua instituti erant*) impediti fuerint quo minus adeant, reliquis qui adierint, adcrescit (*sed pro qua parte? resp. prout erant instituti*) illorum portio, et licet ante decesserint, ad heredes tamen eorum pertinet. *Inst. de Senatus Cons. Orfic.* §. *ult.*

Su la morte dell' erede avvenuta pria di accettare, o di rinunziare l' eredità, osserviamo con Vinnio, che gli eredi di lui succedano come di dritto, quando però fossero chiamati dalla legge alla di lui successione; altrimenti l' eredità non adita non si trasmette.

» (*Licet ante decesserint*) His verbis non hoc significat imperator portionem hereditatis, quae uni ex legitimis heredibus delata sit, mortuo eo antequam hereditatem adeat, ad heredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere: certum enim est, hereditatem non aditam non transmitti *L. unica* §. 5 *cod. de cad. toll.* portionem autem accrescere portioni *L. si Titio* 33 *in fin. de usufruct.* ut proinde nihil heredibus illius legitimi heredis qui non adiit, accrescere possit: sed si decesserit, antequam ipsi accrescerat; quod diserte expressit Marcianus *L.* 9 *D. de suis et leg.* hoc est si decesserit postea quidem, quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro herede gerendo acquisivisset, sed antequam coheredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur, et accresceret. *Vinni Inst. in lib.* 3 *tit.* 4 *de Senat. Cons. Orf.* §. 4.

Su la successione di coloro che rinunziano una eredità Pothier offre inoltre li seguenti esempj.

» Nelle successioni che sono deferite per stirpi, allorchè uno degli eredi di una stirpe ripudia la successione, la sua parte accresce a quelli della stessa stirpe; in preferenza di quelli delle altre stirpi; imperciocchè quelli che sono della mia stirpe, sono propriamen-

te miei coeredi. I coeredi delle altre stirpi sono i coeredi della mia persona piuttostocchè della mia stirpe, e non hanno nulla da pretendere a quanto viene deferito alla mia stirpe, finchè rimane alcuno della mia stirpe che viene alla successione.

» Quando il rinunziante non ha coeredi il suo dritto nella successione è devoluto ai parenti del grado seguente, i quali sul suo rifiuto sono riputati esserne immediatamente impossessati dal defunto dal giorno dell'apertura della successione.

» Allorchè il defunto ha lasciato differenti eredi in differenti specie di beni, per esempio, de' proprj paterni, non è coerede con quello che è chiamato alla successione di un altra specie di beni, per esempio, de' proprj materni: è perciò che se uno di essi ripudia la successione, per esempio, l'erede de' proprj materni, il suo dritto non accrescerà all'erede de' proprj paterni, il quale non è suo coerede per questa successione alla quale non è del tutto chiamato; ma sarà devoluto a' parenti del grado seguente della linea del rinunziante. *Pothier. Trattato delle successioni Tom. I. cap.* 3 *art.* 3 *sez.* 4 §. 5.

. Delvincourt su la parte del rinunziante se è solo che si devolve al *grado susseguente* osserva che ciò s'intende dalla stessa linea e non a quei dell'altra, a meno che non si trovino parenti in grado successibile nella linea del rinunziante. Esempio: Tizio muore, lasciando in ciascuna linea, un fratello cugino, ed un figlio di cugino. Se i due fratelli cugini accettano, essi hanno ciascuna metà della successione; ma se uno di essi quegli della linea paterna per esempio rinunzia, la sua parte è devoluta al figlio di cugino nella stessa linea, che prende allora per proprio dritto la metà spettata a questa linea, escludendone il fratello cugino dell'altra linea.

» Si è presentata la quistione seguente: L'erede il più prosimo in una linea avendo rinunziato per non esser obbligato a conferire quel che aveva ricevuto dal defunto, si è chiesto se la successione dovea interamente appartenere all'altra linea, o se doveva esser divisa per metà tra gli eredi di quest'ultima linea, e quelli della linea del rinunziante, e del grado il più vicino dopo di lui.

» Una decisione della corte reale di Parigi del 1 luglio 1811 ha giudicato in quest'ultimo senso; e sarebbe difficile decidere altrimenti. Si opponeva il sentimento di Ricard e di Lebrun i quali pensano che chi rinunzia per conservare la donazione, debb' essere riguardato come erede, e far parte per la legittima. Ma senza nulla pregiudicare su questa quistione che va decisa con altri principj, egli è facile di vedere che la decisione di Parigi sia conforme alle disposizioni del codice. In fatti se nel caso suddetto, l'erede che ha rinunziato fosse stato dispensato dalla collazione, non avrebb' egli conservato il suo dono, e non sarebbe venuto a dividere il dippiù cogli eredi dell'altra linea? Articolo 343 (762 leg. civ.) Ora quand'egli rinunzia per non collazionare, la sua rinunzia deve avere, riguardo alla successione, lo stesso effetto che una dispensa di collazione. Dunque in questo caso la parte ch'egli avrebbe presa nei beni liberi se fosse stato dispensato dalla collazione deve appartenere egli eredi della stessa linea, e del grado susseguente articolo 786 (703 leg. civ.) *Delvincourt Corso di Cod. civile. Nota* 178 *al tit.* 3 *vol.* 4.

§. 4. » Non si succede giammai rappresentando un erede che ha rinunziato: se » il rinunziante è il solo erede nel suo grado, o se tutti i coeredi rinunziano, subentrano i figli per diritto proprio, e succedano per capi. *Art,* 704 *leg. civ.*

» Ciò nasce, osserva Maleville, perchè non si può rappresentare una persona vivente. Nondimeno la disposizione di questo articolo soggiacque a qualche contrasto. Dagli uni si disse, ch'ella favorirebbe il fraudolente ripudio, che un padre potrebbe fare in favore de' suoi figli: dagli altri si chiese il motivo, per cui i figli sarebbero spogliati dal dritto di venire da per se alla successione, quando il padre rinunziasse a questa senza aver in animo di frodare i creditori.

» Si rispose ai primi, che anzi l'articolo tendea ad impedire la frode di che si temeva; poichè i figli non potevano succedere al padre rinunziante se non nel caso, che non vi fossero de' coeredi prossimi al pari di lui. Si rispose ai secondi, che i figli non

potevano rappresentare il loro padre rinunziante se non violando i principj di già adottati. *Maleville. Osservaz. all' art. 787 del cod. civ.*

» Si osservi, dicono inoltre gli autori delle pandette francesi, che vi è una sorta di contraddizione tra il fine di questo articolo, e la disposizione la quale prescrive che la divisione si farà per istirpi, quando gli eredi non saranno al primo grado.

» La contraddizione svanisce, restringendo l'ultimo precetto del nostro articolo al caso in cui l'erede rinunziante sarà solo del suo grado. per esempio, un fratello. Ma se ve ne sono più, e tutti rinunziano, non si mette in dubbio che i loro figli, venendo alla successione del loro capo divideranno ciò non ostante per istirpi. Per la ragione, che se non si rappresenta un uomo vivente ad effetto di succedere, nulla impedisce che possa essere rappresentato ad effetto di dividere. È certo, che poco importa che il primo grado sia vacante per la morte o per la rinunzia di coloro, che l'occupano; ed è altresì certo che la divisione nel grado successivo deesi operare nella medesima maniera sì nell'uno che nell'altro caso.

» Questo è ciò che il consigliere di stato Treilhard ha molto bene riflettuto, di modo che è impossibile di dubitare dello spirito della legge in questo luogo. Bisogna però convenire che vi è una sorta di negligenza nella redazione. *Osservaz. all' art. 787 del cod. civ.*

Ma allorchè una persona chiamata a raccogliere una successione vi ha rinunziato gratuitamente, e di una maniera pura, e semplice si può forse rappresentarla, poichè ella non occupa realmente il suo grado, ed il suo posto si trova vacante?

» Questa quistione, dice Chabot de l'Allier, è stata lungamente controvertita tra'giureconsulti.

» Il codice civile la risolve di una maniera uniforme tanto alla regola generale, che noi veniamo ad esporre, che alla giurisprudenza la più ricevuta.

» Egli dispone che non si può giammai rappresentare un'erede che ha rinunziato (787. 704) che la sua porzione si accresce a suoi coeredi se la sua rinunzia è pura, e semplice (786 - 703); e che nel caso, solamente in cui egli è il solo erede, la sua quota è devoluta a' parenti del grado susseguente, che succedono in capi, ma non per rappresentazione (787 - 704.

» In effetti se vi sono altri eredi in egual grado del rinunziante, coloro, che vorrebbero prendere la sua quota non potrebbero reclamarla che prendendo il suo luogo per rappresentarlo; ma non si può rappresentare una persona vivente.

» Se il rinunziante avea per coeredi de' parenti più lontani di lui, ma ravvicinati al suo grado mercè il beneficio della rappresentazione, egli è certo anche, che non si potrebbe prendere il suo luogo per concorrere co' suoi coeredi, che rappresentando lui stesso.

» Ma se egli era il solo erede, i suoi figli, che si troverebbero ad un grado più lontano, non avrebbero bisogno di rappresentarlo per concorrere alla successione, alla quale egli avrebbe rinunziato. Eglino succederebbero non per dritto di rappresentazione, ma per dritto proprio, ed a titolo di devoluzione giusta l'editto del Pretore detto *successorium*: eglino non sono esclusi dalla successione perchè il loro padre vi ha rinunziato: solamente essi non possono occupare il suo grado; ma succedono per capi nel grado, in cui si trovano: soli, se essi sono i più prossimi di grado dopo il rinunziante, o in concorso con altri parenti, che sarebbero dello stesso grado.

» Quindi allorchè un uomo morto senza posterità ha lasciato de' discendenti di un fratello, ed un'altro fratello, che ha rinunziato alla sua eredità, i figli del fratello rinunziate sono esclusi da tutt'i discendenti dell' altro fratello. Tutti questi discendenti in effetti giungono pel beneficio della rappresentazione al grado del loro padre, ed i figli del rinunziante non potendo rappresentarlo restano ad un grado più lontano.

» Così ancora, se il defunto avea lasciato due figli, de'quali uno avesse rinunziato alla successione, e l'altro l'avesse accettata; i figli del rinunziante sarebbero esclusi dal figlio che avrebbe accettato, ed anche da tutt' i suoi discendenti, in qualunque grado essi

si trovassero lontani, imperciocchè eglino arriverebbero tutti per rappresentazione al grado del figlio, che ha accettato, e che i figli del rinunziante non possono arrivarvi che di proprio dritto.

» Se il defunto avesse lasciato due figli, che avessero entrambi rinunziato, i figli nati dall'uno, e dall'altro verrebbero in concorso alla successione del loro avo; ma vi verrebbero chiamati per proprio dritto (787-704).

» Se il defunto avesse lasciato un solo figlio, che avesse rinunziato alla sua eredità, i nipoti, e tutt'i loro discendenti verrebbero per proprio dritto alla successione ad esclusione di tutt'i parenti collaterali, giacchè le successioni non sono deferite a collaterali, che quando non vi esistano discendenti del defunto (750 - 672).

» Le stesse regole debbonsi applicare al caso, in cui il più prossimo erede sarebbe morto, senz'aver accettato, nè rinunziato: i suoi figli non potrebbero rappresentarlo, poichè egli era vivo all'epoca dell'apertura della successione, eglino non potrebbero dunque raccogliere, che come suoi eredi personali quella successione, alla quale egli avea dritto. L'eredità, che gli era devoluta si troverebbe nella sua propria successione, poichè egli non aveva rinunziato, e che la rinunzia non si presume: essa non potrebbe esser raccolta da suoi figli, che vorrebbero rappresentarlo in un tempo, in cui egli ancora viveva.

» Intanto i figli potrebbero rinunziare all'eredità devoluta al loro padre, ma che non avessero ancora accettata, per attenersi alla sua successione personale. L'art. 741 - 698 contiene una disposizione precisa a tal riguardo.

» Questa era anche la disposizione del dritto romano. *l.* 19 *C. de jure delib.*

» Ma in questo caso il figlio non potrebbe rinunziando l'eredità di suo padre prendere la successione di suo avo, se non si troverebbe il più prossimo erede di quest'avo, e concorrente di proprio dritto: egli non potrebbe raccoglierla rappresentando suo padre, poichè abbiamo detto, che non si rappresenta un'uomo vivente; ma l'avrebbe di proprio dritto, *et ex successorio edicto.*

» Questo caso particolare era preveduto dalla legge ultima *C. unde liberi*, e dalla glossa sulla legge *Si quis filium* §. *Si filius, D. de adq. vel. omit. haeredit. verb. abstinere*, in cui si dice: *Sed si vellet abstinere a paterna, et habere avitam, posset.*

» Abbenchè non si possa rappresentare l'erede che ha rinunziato, si può intanto rappresentare colui, la di cui eredità siasi ripudiata, s'egli era morto prima dell'apertura della successione, nella quale vuolsi rappresentarlo (744-666)

» Era anche una regola costantemente ricevuta nella nostra giurisprudenza, che egli non era necessario essere erede di colui. che si rappresentava.

» Infatti non è dalla mano del rappresentato che il rappresentante gode i suoi diritti; ma dalla disposizione della legge. Il rappresentato non aveva dritto sulla successione, poichè egli era morto prima, che si fosse aperta; egli non può dunque trasmetterne alcuno, ed in conseguenza non è necessario essere suo erede, per raccogliere in suo luogo la successione.

» Il dritto di rappresentazione, dice Lebrun, ha il suo fondamento nella natura, che fa una perpetua surrogazione de' figli al padre, e fa rinascere un padre morto nella persona del figlio, che sopravvive.

» Esiste dunque questa differenza tra la trasmissione de' beni per successione, e la rappresentazione, che la trasmissione de'beni, non può aver luogo, che a profitto dell'erede; imperciocchè i beni del defunto non possono essere trasmessi, che a colui, che gli succede; al contrario, i beni, che viene a prendere il rappresentante non essendo mai appartenuti al rappresentato, non è, che si trovano nell'eredità del rappresentato; e basta in conseguenza per raccoglierli di prendere il suo luogo senza essere obbligato di concorrere alla sua successione.

» Dalla regola, che non è necessario esser erede del rappresentato, ne segue, che il rappresentante non è tenuto de'fatti ne obbligato al pagamento de' debiti di colui, che si rappresenta se egli rinunzia alla sua successione, poichè in questo caso non riceve niente dal rappresentato.

» Nulladimeno secondo l'articolo 848 - 767.

il rappresentante sia in linea diretta, sia in linea collateralo, anche quando ha rinunziato alla successione del rappresentato è obbligato a conferire tuttocciò, che la persona rappresentata avrebbe dovuto conferire, imperciocchè egli non ha dritto di prendere, che quella quota, che il rappresentato avrebbe dovuto avere. *Chabot de l'Allier Sulle successioni Tit. 4. Cap. 2. Sez. 2.*

Nella suprema corte di giustizia si portò l'esame del dubbio se la figlia della rinunziante all'eredità del zio possa rappresentare la madre per adire la eredità medesima. Con decisione de' 3 agosto 1820 si accolse la negativa.

» *Fatto*. In febbraro 1819 trapassa Gioambattista Accolti Gil senza lasciare ascendenti, e discendenti. Gli sopravvivono de' collaterali, e tra costoro surse la lite per la successione. Vi concorse Luigi di lui germano, e li nipoti figli di altri germani predefunti Egidio, e Nicola. Vi concorse altresì Maria Saveria Manuzzi altra nipote figlia della sorella Isabella predefunta.

» Quelli cercano di escludere questa. Le oppongono l'amplissima rinunzia fornita di giuramento fatta dalla madre sua nel 1765 nel maritarsi con Michele Manuzzi a beneficio de' dotanti Pietro, Cristofaro, e Biagio padre, e zii rispettivi.

» Essa Isabella Accolti, cioè, ricevendo la dote rinuncia nella forma più ampia a dotanti, e di loro figli, e nipoti rispettivamente, ed a tutt' i di loro discendenti così maschi, che femmine in *perpetuum*, *et in futurum*, e di loro eredi, e successori tutto ciò che le sarebbe appartenuto per successioni testate, ed intestate sin allora, e per l'avvenire *devolvende ab intestato tantum*.

» Essa rinunzia nonsolo in suo nome, ma altresì per i suoi figli, e discendenti, ancorchè fossero chiamati *ex jure*, *et persona propria*, ed indipendentemente da lei.

» Dichiara, e vuole, che la rinunzia s'intendesse, e fosse reale, fruttuosa, e valida in giudizio, e fuori a favore de' dotanti loro discendenti così maschi, che femmine, ed anche de' loro eredi e successori *in perpetuum*: e s' intendesse generale, e generalissima, piena, perfetta, compiuta insieme, e perpetua.

» Figura il caso, che intestati le premorissero i dotanti; ed in questo caso dichiara gli effetti della sua rinunzia non personale, ma reale, estintiva, ed abdicativa; volle, ed espressamente prescrisse, e pattuì perciò, ch' essa si riputasse, come se fosse premorta, o come se nata non fosse, affinchè i di loro figli e nipoti, e discendenti *in futurum*, *et in perpetuum* loro eredi, e successori potessero, e dovessero succedere, ancorchè fossero femmine.

» In fine fu cotanto nitida, e chiara l'idea della rinunziante i beni cioè, che a lei, ed a' suoi figli si sarebbero appartenuti, si conservassero nella famiglia de' dotanti, che convenne, che nè pure i suoi figli procreandi, anche passando a seconde nozze, potessero aver dritto, azione, o ragione alcuna, *etiam* se dovessero, o potessero venire *jure proprio*, *et ex propria persona*.

» Questa rinunzia della madre, di cui il marito si era renduto garante, Luigi, e gli altri consorti della lite opponevano alla Manuzzi.

» Le opponevano altresì la propria rinunzia più ampia, ed estesa che la stessa attrice avea fatta a beneficio del padre suo, da cui fu dotata, nell' impalmarsi col sig. Carelli nel 1799.

» Replica la Manuzzi di non ostarle la rinunzia, dacchè disse giovarsi dell'editto successorio vigente nell' aperta successione; ed anche perchè *jure subingressionis* veniva *ex propria persona*, per cui non l'era di ostacolo la rinunzia della madre, d' altronde inefficace perchè lesiva; molto meno potersele opporre la propria sua rinunzia; non essendo in giudizio il rinunziatario di lei padre, o i suoi eredi.

» Dietro istruzione per iscritto la causa si decide dal tribunale civile di Trani a 14 agosto 1820. Ebbe per vero quel tribunale, che siccome fossero inefficaci, e caduche le rinunzie alle successioni ascendentali aperte sotto l' impero delle nuove leggi così fossero valide, ed efficaci le rinunzie alle successioni de' collaterali, giusta lo spirito della leg-

ge de' 4 marzo 1817, e secondo il *jus receptum*. Ridusse quindi la causa a vedere se la rinunzia della madre dell'attrice potea essere di ostacolo alla successione del zio aperta dopo la morte della stessa madre. Ebbe presente all'oggetto l'avviso di taluni interpetri del dritto, e di taluni scrittori del foro per la negativa; ammise perciò la Manuzzi a succedere insieme col zio, e cogli altri concorrenti, al quarto della eredità.

» La gran corte civile di Trani a 24 febbraro 1823 conferma la sentenza appellata, adottando i motivi dei primi giudici, e vi unì benanche una liberanza di ducati cinquecento.

» Questa decisione si è denunziata alla corte suprema con lungo ricorso, col quale si attaccano le basi, ove la gran corte ha poggiato il suo giudizio.

» La reclamata ha opposta la irrecittibilità del reclamo, dell'essersi eseguita la decisione col pagamento delle spese, senza veruna protesta: motivo, che non regge nel fatto; dacchè i ricorrenti non volontariamente, ben vero in seguela di tre atti di coazione furono astretti al pagamento. La forza è in opposizione diretta colla volontà, base essenziale dell'acconsentimento.

» Udito il rapporto, presenti gli Avvocati D. Vincenzo Catalano pei ricorrenti, ed il Cavalier D. Nicola Nicolini per la convenuta; ed inteso il Pubblico Ministero; che si è pronunziato per lo rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio - Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Vista la novella 118 cap. 3 art. 739 cod. civ. art. 7 e 12 della legge de' 26 gennajo 1816 art. 785 e 787 cod. civ.

» Ha fatte le seguenti considerazioni.

» La legge nel regolare la successione riguarda la prossimità della parentela. Il più prossimo esclude il più remoto ammenocchè nella linea discendentale, dacchè quanti sono i figli, tante sono le linee; e la prossimità si misura in ciascuna linea, per cui il più prossimo in una linea non esclude il più remoto nell'altra. Il zio perciò nella linea collaterale, in cui non vi sono linee ma si misurano i gradi, escluderebbe il nipote nella successione del fratello, e zio rispettivo.

» Questo rigore di legge sembrò ben duro a Giustiniano. Volle egli temperarlo nello stabilire il nuovo fondamento della successione intestata poggiato al presunto amore del defunto verso de' suoi. Per ammettere perciò alla successione il nipote in concorso del zio, tuttocchè di grado più prossimo, gli concedè il beneficio della rappresentazione. Volle, che si figurasse tuttavia vivente il padre suo, e questi si rappresentasse dal figlio, entrando nel luogo, nel grado, e ne' dritti del medesimo; val quanto dire, che per finzione di legge rappresentando il padre, entrasse nel luogo, e grado del medesimo, ed esercitasse i dritti a lui spettanti, raccogliesse perciò quella quota di eredità, che sarebbe spettata al di lui genitore, ove si fosse trovato vivo: Novella 118 cap. 3.

» La rappresentazione è una finzione di legge, il cui effetto è di far entrare il rappresentante nel luogo, nel grado, e ne' dritti del rappresentato. art. 739 cod. civ. art. 7 e 12 leg. de' 26 gennaro 1816.

» Nella specie la signora Manuzzi, rappresentando la di lei madre Isabella Accolti nella successione del di costei germano Gio: Battista, tuttocchè concorresse con Luigi fratello, e zio rispettivo, di grado quindi più prossimo, dovrebbe raccogliere la quota, che sarebbe appartenuta alla madre Isabella se fosse viva. Fatto è, che ne resta esclusa, dacchè se ne' dritti della madre vi trova quello della successione, ritrova nel tempo stesso la sua esclusione a causa della di lei ampia rinunzia, che fece a beneficio de' suoi dotanti, e de' di loro eredi, e successori *in perpetuum*, *et in infinitum*, nell'andare a marito con Michele Manuzzi.

» Non si succede giammai rappresentando un' erede, che ha rinunziato: art. 787 cod. civ.; perchè chi rinunzia, si reputa come se giammai fosse stato erede, art. 785 cod. *Leg. 1 cod. de jure delib. leg. 1 e 2 cod. de repud., vel abstin. hered. leg. 13 ff. de adquir., vel omitt. hered.* Giustiniano perciò colla rappresentazione, siccome concede a' figliuoli la preferenza ove il genitore

non trovasse alcun' ostacolo: *praeponantur istius filii sicut eorum parens praeponeretur si viveret*; così gli esclude qualora il genitore figurato vivente ne fosse escluso: *hujusmodi filios ab hereditate excludimus*, *sicut ipse*, *si viveret*, *ab hereditate excludebatur*: *dict.* Novell. 118 *cap.* 3.

» Nè l' efficacia della rinunzia in esame resta estenuata, o elusa sul pretesto, che la medesima fosse personale, e racchiudesse l' implicita condizione, *si successio renuntianti deferatur;* per cui non rappresentando la Manuzzi la persona, benvero il grado della madre; e trovandosi costei premorta al germano Gio: Battista, si era verificata la condizione tacita compresa nella rinunzia; quindi non potesse la rinunzia della madre esserle di ostacolo a concorrere nella successione per proprio dritto.

» Il qualificarsi la rinunzia in esame per personale, si fa una violenza alla sua lettera, dacchè ivi espressamente si dice doversi intendere per reale, generale, generalissima piena, e fruttifera a pro de' dotanti, e de' di loro eredi, e successori *in perpetuum*, *et in infinitum*; dacchè la rinunziante rinunzia non solo per se, e per i figli come suoi eredi, ma anche se venissero per proprio dritto, e di propria persona.

» Cotanto deve riputarsi per reale la rinunzia della signora Accolti, giacch' essa chiaramente abdicò da se, e da' figli suoi la roba, che loro si sarebbe devoluta *ab intestato* dalla contrazione del matrimonio in poi; mentre ne spiegò gli effetti nel figurato caso della premorienza de' dotanti, e rinunziatarj insieme. Nel figurato caso volle, che si fosse riputata come morta, o come non nata, affinchè la rinunzia fosse stata proficua agli eredi, e successori de' rinunziatarj.

» La causa finale delle rinunzie, che facevano le donne nell' andare a marito non era altra, che di dichiararsi contente della dote ricevuta, e di rinunziare alle successioni devolvende *ab intestato*, affinchè i beni si conservassero nella famiglia, da cui uscivano. Ecco il perchè la rinunziante Accolti non rinunziò soltanto a suo nome, e de' suoi figli, com' eredi, ma a nome di costoro benanche qualora pretendessero di concorrere alla successione di proprio dritto, e di persona propria.

» Tosto che la rinunzia sia reale, estintiva, ed abdicativa, a torto vi si considera implicita la condizione *si hereditas renuntianti deferatur*; dacchè questa condizione va sottintesa nelle personali, e non nelle reali, ed abdicative nelle quali *ex conjecturata mente renuntiantis* l' estensione della rinunzia si misura più dal fine dello stesso rinunziante, che dalle regole congetturali della interpetrazione, secondo la decisione 375 del de' Franchis, cui corrisponde anche la dottrina del Rovito nel consiglio 42.

» Oltre a che come può ammettersi una condizione tacita, non solo contraddicente a ciò, che si è espressamente convenuto; ma distruttiva dello stesso beneficio della rappresentazione introdotto da Giustiniano per far succedere il più remoto in grado, che resterebbe escluso dal più prossimo? La legge accorda per l' appunto la rappresentanza al nipote in concorso col zio alla successione del fratello, e zio rispettivo, giusto perchè l' altro fratello del defunto trovasi premorto. Se costui fosse vivente, in tal caso ambedue i fratelli del defunto succederebbero, perchè in grado eguale; ma perchè uno trovasi premorto, ed il sopravvivente escluderebbe il figlio del predefunto fratello, la legge per lo beneficio della rappresentazione dà a costui, e concede, il mette nel luogo, grado, e dritti del padre suo, per così raccogliere la quota ereditaria, che avrebbe presa se fosse stato vivente; non ostantechè a' morti nè eredità, nè altro possa deferirsi.

» Segue da ciò, che il rappresentante entrando nel grado del rappresentato, non altro che i di costui dritti possa esercitare, e non mai i suoi proprj. Ed è veramente una sovversione del beneficio della rappresentazione, nel volere, che il rappresentante s' improntasse il grado del rappresentato non per esercitare i dritti del medesimo com' espressamente la legge prescrive, benvero per esercitare il proprio dritto. Il beneficio della rappresentazione è conceduto tassativamente per esercitare col grado i dritti del rappresentato. Ammettendosi l' opposto si urterebbe nell' insormontabile scoglio della esclusione del-

rappresentante, volendo succedere per proprio diritto nel concorso del zio, ch'è di grado più prossimo.

» Conviene riflettere, che la condizione *si successio renuntianti deferatur*, che si vuole tacitamente insita nella rinunzia, non è tratta *ex subaudita voluntate renuntiantis sed ex necessitate mortis subsequentis* al dire di Paolo de Castro antesignano, e sostenitore della medesima, perchè ai morti non potendosi deferire eredità, o altro, *leg.* 14. *Dig. de jure codicil. l.* 4. *de his quae pro non script.* trovandosi perciò predefunta la rinunziante, non poteva trasmettere al figlio suo ciò, che acquistato non avea.

» La premorienza della rinunziante nulla rileva, giacchè per evitare appunto gli effetti della premorienza fu inventata la rappresentazione, fingendosi vivo per legge colui che trovavasi defunto.

» Il ragionarsi poi di trasmessione, è lo stesso, che distruggere la letterale disposizione della legge; giacchè nel rappresentante non si trasmettono i dritti del rappresentato. La legge benvero ponendolo nel grado del medesimo, il facultà ad esercitare i suoi diritti per raccogliere quella successione, che se mai fosse vivente gli apparterebbe Il rappresentante dunque se entra nel luogo, e grado del rappresentato, non può fare sperimento dei proprj dritti, ma di quei soltanto appartenenti al rappresentato; val quanto dire per beneficio della legge; e non per dritto di trasmissione esercita i dritti, che il rappresentato potrebbe esercitare se fosse vivente.

» Conviene altresì riflettere, che que'scrittori del Foro, che han sostenuta la tacita condizione *si hereditas renuntianti deferatur*, abbiano scritto, o in contesa di successione ascendentale, e di chiamata de' figli per proprio dritto, o nella eguaglianza di grado; e non mai nella disparità, in cui il più prossimo esclude il più remoto; nel qual caso sempre si è ammessa la rappresentazione affinchè il rappresentante entrasse nel luogo, grado, e dritti del rappresentato.

» Ma a prescindere da tutto ciò, la controversia resta decisa dal fatto. Imperciocchè i sostenitori della condizione vi fanno due limitazioni; della rinunzia, cioè, a nome anche de' figli, e della di loro qualità ereditaria. Vedi Fabro *cod. lib.* 2 *tit.* 3 *def.* 3.

» Queste due eccezioni dalla regola, ambedue nella rinunzia in esame si verificano, dacchè fu dessa nominatamente fatta anche per i figli, ancorchè potessero, o dovessero venire *ex jure*, *et persona propria*; dacchè la signora Manuzzi è crede della rinunziante di lei madre Isabella Ascolti Gil.

» Vero è, che la di costei eredità intestata non fu direttamente deferita alle sue figlie femmine, giacch' esse restarono escluse dal maschio di loro fratello germano Saverio. È vero d' altronde, che essendo costui trapassato in età pupillare furono eredi le sorelle, e tra esse la Manuzzi; per cui la medesima per l' intermezza persona del fratello è erede della madre rinunziante: *Heres heredis, est heres testatoris*: *Leg.* 14 *cod. de heredib. instituendis.*

» E tanto maggiormente è mostrata la di lei qualità ereditaria, dacch' essa la signora Manuzzi in maritandosi col signor Carelli, ricevendo la dote dal padre suo, rinunziò nella più ampia, ed estesa forma a di lui beneficio la materna eredità. Ciò che non si ha, ad altri non può rinunziarsi, e trasferirsi: *L.* 1 §. 5 *cod. de caduc. tollendis.*

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla l' impugnata decisione, rimettendo le cose nello stato ad essa precedente; rinvia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirsi il deposito.

§. 5. » I creditori di colui che rinunzia » ad una eredità in pregiudizio de' loro di» ritti, possono farsi autorizzare giudizial» mente ad accettarla in nome e luogo del loro debitore.

» In questo caso la rinunzia è annullata, » non in favore dell' erede che vi ha rinun» ziato, ma solamente a vantaggio de' suoi » creditori, e per la concorrente quantità » de' loro crediti. *Art.* 705 *leg. civ.*

E egli necessario che l' autorizzazione sia domandata da tutti i creditori dal rinunziante? Delvincourt, che ne tratta la questione, dice: » Io nol penso: un solo può farsi autorizzare ed egli accetterà nel suo interesse

soltanto. Ma credo che l' autorizzazione non debba essere accordata che ai creditori muniti di un titolo autentico, o che abbia una data certa anteriore alla rinunzia. Altrimenti ciò sarebbe un procurare all' erede che si pentisse di avere rinunziato, il mezzo di annullare indirettamente la sua rinunzia. Penso egualmente che l' autorizzazione non debba accordarsi se non quando sembri che il rinunziante abbia evidentemente avuto in mira di pregiudicare a' suoi creditori, o di favorire i suoi coeredi: poichè per poco che la successione presentasse del dubbio sull' epoca nella quale sia stata fatta la rinunzia, essa debb' essere mantenuta, quando anche in seguela di posteriori eventi l' eredità fosse divenuta vantaggiosa. *Delvincourt. Corso di Cod. civile. Nota* 187 *al tit.* 3 *lib.* 3 *sez.* 2. *delle successioni.*

Il dippiù che rimane dopo soddisfatti i creditori, va benanche a di costoro vantaggio?

No: » Ne profittano solamente gli altri eredi, dice Toullier. È dunque impropriamente detto che i creditori sono autorizzati ad accettare la successione in nome del loro debitore.

» In realtà essi non sono eredi; essi non sono personalmente obbligati ai debiti; essi non vengono che per essere pagati di ciò che è loro dovuto sulla porzione che avrebbe avuta il loro debitore. Così essi debbono esser chiamati a tutte le operazioni della liquidazione e della divisione, per invigilare su i loro interessi. È in questo senso che possono accettare la successione in nome del loro debitore; ma debbono provare la sua insolvibilità previa discussione de' suoi beni; poichè se egli fosse solvibile, la rinunzia non sarebbe fatta in pregiudizio dei loro diritti. *Toullier. Corso di dritto civile.* Tom. 4 *n.* 348.

Sotto il nome degli *altri eredi* cui Toullier mette in profitto quello che avanza dopo soddisfatti i creditori, sono compresi tutti coloro che la legge chiama a succedere. Ne viene escluso il rinunciante come quello, che resta decaduto dalla eredità, in virtù della sua rinunzia, e che per l' articolo 702 non è più considerato erede. Quindi questo avanzo o accrescerà la porzione dei coeredi quando vi fossero, o passerà a vantaggio di qualunque altro contemplato nella linea delle successioni.

§. 6. » La facoltà di accettare o di rinunziare ad una eredità si prescrive collo » scorrimento del tempo richiesto per la più » lunga prescrizione de' dritti su' beni immo» bili. *Art.* 706 *leg. civ.*

Vedi. *Prescrizione* §. 45.

» Sinchè una eredità, dicono gli autori delle pandette francesi, non è stata accettata da alcuno, non vi è luogo alla prescrizione del dritto di accettare, nè di quello di ripudiare. L' erede chiamato, e che in conseguenza n' è possessore, la trasmette colla facoltà di accettarla o di rinunziarvi. Colui nella di cui persona si è fatta la trasmissione, la trasmette egualmente; e questo può durare così *in infinitum.*

» La prescrizione non può incominciare a correre se non allorchè qualcuno si è messo in possesso. Se questi è lo stesso erede, non vi è più prescrizione pel dritto di accettare nè per quello di rinunziare. Non ve n'è per l' accettazione, risultando questa dalla sua immissione in possesso. Neppure ve n' è pel dritto di rinunziare, estinguendosi questo coll' accettazione.

» Se colui che si è immesso in possesso è una persona diversa dell' erede, la prescrizione corre contra l' azione in petizione di eredità; cioè contra la rivendicazione che l' erede può fare dell' eredità. Non si vede qual prescrizione si può acquistare contra il dritto di ripudiare. Perciò la vera regola che risulta da questo articolo, è, che l' azione in petizione di eredità dura trent' anni, che è il tempo della più lunga prescrizione ammessa dal codice civile pei dritti de' beni stabili. *Osservaz. all' art.* 789 *del cod. civ.*

Inoltre osserva Maleville che » questa facoltà di accettare o di rinunciare si prescrive in capo a trent' anni, intervallo di tempo più lungo che il codice ammette per la prescrizione ».

» Per ben comprendere poi quest' articolo relativamente all' arbitrio di accettare, fa mestieri supporre che, dopo la rinunzia dell' erede naturale alla successione un estraneo siasi impadronito de' beni. L' erede allora ha tren-

t'anni di tempo per accettare l'eredità, e spogliarne il possessore. Per quello poi che riguarda la facoltà di rinunziare fa d'uopo supporre, che l'erede naturale non siasi immischiato nella successione; perchè se avesse fatto qualche atto di erede, non sarebbe più ammesso alla rinunzia.

» Altre volte se l'eredità fosse stata vacante, che niuno se ne fosse impadronito, e che fosse stata sempre amministrata da un curatore, si lasciava l'arbitrio all'erede di accettarla anche dopo i trent'anni; poichè niuno avea da opporgli allora la prescrizione, tenendosi che il curatore avesse amministrata in nome dell'erede medesimo, quando non fosse stato prevenuto dal fisco.

» Or per me son di avviso, che anche oggi se l'erede non si è mischiato nella successione, e se non l'ha accettata nè espressamente nè tacitamente i creditori non possono dopo i trent'anni costringerlo al pagamento de' debiti, e che la sua dichiarazione di non voler essere erede può, se si è astenuto da ogni atto di successione, essere ammessa in qualunque tempo. *Maleville. Osservaz. all' art. 789 del cod. civ.*

§. 7. » Sino a che il dritto di accettare » una eredità non sia prescritto, gli eredi » tuttocchè vi abbiano rinunziato, possono » ancora accettarla, quando essa non sia già » stata accettata da altri eredi; senza pre» giudizio per altro delle ragioni acquistate » da terze persone sopra i beni dell'eredità, » tanto in vigore della prescrizione, quanto » in forza di atti validamente fatti col cura» tore destinato alla eredità giacente. *Art.* » *707 leg. civ.*

» Intorno al dritto concesso agli altri eredi di accettare un'eredità già rinunziata fa elegantemente osservare Delvincourt, se le parole di altri eredi facciano intendere anche i successori irregolari, come il figlio naturale o il conjuge? Si è preteso sostenere la negativa, dandosi per ragione che quest'individui non hanno la qualità di erede. In conseguenza si è detto che durante i trent'anni accordati dall' articolo 790 (707 leg. civ.) all' erede che ha rinunziato per contraddire alla sua rinunzia, il figlio naturale o il conjuge non sono che semplici amministratori incapaci di disporre, e che per conseguenza tutte le alienazioni che potrebbero fare sarebbero nulle. Egli è impossibile d'immaginare un sistema più contrario alla sana ragione ed allo spirito generale del codice diretto a mantenere la libera circolazione de' beni, e che per giugnervi fa benanche piegare talvolta il rigor de' principj. Egli è evidente che per la voce *eredi* il codice ha inteso ogni persona atta a ricevere una successione. Vi sono infiniti articoli ne' quali è impossibile d'intenderla altrimenti. Vedete gli art. 788 (705 leg. civ.) 816 (775 leg. civ.) e seguenti e compresi gli art. 842 (761 leg. civ.) 870 (791 leg. civ.) all' 892 (812 leg. civ.) ec. Era lo stesso anche presso i romani molto più strettamente attaccati al senso letterale. *L. 170 D. de verb. signif.* Come può supporsi che quando una successione è stata, dopo la rinunzia dell'erede legittimo, adita dal figlio naturale o dal conjuge, l'erede che ha rinunziato potrà dopo 29 anni di tranquillo possesso rivendicare la successione, rivocar tutte le alienazioni ec., e che durante tutto questo tempo i beni sieno rimasti in uno stato di assoluta inalienabilità? Come! un figlio naturale avrà creduto dovere alla memoria di suo padre l'accettar la sua successione rifiutata dall'erede legittimo; a via di cura, di fatiche, d'industria egli sarà pervenuto a soddisfare tutti i debiti, ed a risparmiare ancora qualche modico avanzo; e quando sarà a questo punto, il rinunziante verrà tranquillamente *ad paratas epulas*, lo scaccerà dalla successione, e gl'involerà il frutto de' suoi sudori! Certamente un tal sistema porta seco la propria confutazione: esso è d'altronde distrutto dal testo medesimo dell'art. 790. Infatti il codice convalida tutti i dritti che avrebbero potuto acquistare nell' intervallo. Ma come suppone che sieusi potuti acquistare? Soltanto per mezzo della prescrizione, o con atti fatti col curatore della successione vacante. Suppone dunque che durante questo tempo la successione non sia stata occupata da alcuno; poichè altrimenti avrebbe dovuto convalidare tutti gli atti legalmente fatti con i possessori legali dell'eredità, che han sicuramente altrettanto dritto che il cu-

ratore. *Delvincourt. Corso di cod. civile. Nota* 191 *al tit.* 3 *lib.* 3 *sez.* 2.

Toullier esamina la questione » se il successibile possa rivocare la sua rinunzia dopo che i figli naturali, il conjuge superstite, o lo stato sieno stati legalmente immessi nel possesso.

» La ragione di dubitare si è che l'articolo 790 (707) non parla che di *eredi*, e chle l'articolo 756 (670) non accorda questo titolo ai figli naturali; ma il codice loro accorda quello di *eredi irregolari*, egualmente che al conjuge superstite, ed allo stato, regolando i loro dritti sotto la denominazione di *successioni irregolari*. Noi pensiamo dunque con Maleville *sull' art.* 790 che l'erede che ha rinunziato non possa rivocare la sua rinunzia per accettare la successione, se non quando è rimasta giacente; e che non lo può più quando si trova legalmente occupata dagli eredi irregolari. Questa opinione ci sembra conforme all'equità naturale: non è giusto di lasciare esposti ad una perquisizione di trent'anni coloro che non hanno dimandato ed ottenuto il possesso dei beni che sulla fede della rinunzia di chi in seguito vuol prendersi giuoco della propria parola.

» Sarebbe lo stesso se sulla rinunzia dell' erede a favore del quale la legge assegna una riserva, il legatario universale, o l'erede istituito fosse messo in possesso di tutt' i beni della successione. L'erede del sangue non potrebbe più venire a reclamare la sua riserva. *Toullier. Corso di dritto civ. Tomo* 4 *n.* 347.

§. 8. » Non si può, nè pure nel contrat-
» to di matrimonio, rinunziare alla eredità
» di un uomo vivente, nè alienare i dritti
» eventuali che si potrebbero avere a tal suc-
» cessione. *Art.* 708 *leg. civ.*

Nell' abolita nostra corte di cassazione si agitò la questione se le rinunzie stipulate dalla donna maritata sotto l'impero dell' antica legislazione possano esser valide in modo da farla escludere dalla successione delle eredità paterna, e materna. Con decisione de' 26 novembre 1811 si accolse la negativa.

» Il principe di Centola Giuseppe Pappacoda nell'anno 1771 scrisse col suo testamento erede la signora Giovanna sua unica figliuola, e moglie allora del principe d' Angri Giovanni Carlo Doria: volle che premorendogli la detta di lui figliuola gli succedesse il di lei figliuolo maschio signor Marcantonio Doria; e sottopose a maggiorato tutt'i suoi capitali e stabili, burgensatici e feudali, al quale invitò la detta di lui figliuola erede, indi il detto di lei figliuolo primogenito signor Marcantonio, e successivamente i di costui discendenti maschi, con ordine primogeniale, e con legge di perpetua esclusione delle donne.

» Nell'anno 1773 morì il principe di Centola. La di lui figliuola signora Giovanna procreò col detto principe d'Angri signor Giovanni Carlo Doria cinque figli, uno maschio, cioè, e quattro femmine. Il maschio fu il signor Marcantonio, le femmine furono la signora Lilla, la signora Caterina, la signora Antonia e la signora Maria: le prime due di queste furono maritate in vita del padre, cioè la signora Lilla col signor principe di Marzano, e la signora Caterina col duca di Seminara. Le altre due furon maritate dal fratello dopo la morte del padre, Annamaria, cioè, col conte di Anversa, Maria col duca della Rocca.

» Tutte e quattro le suddette sorelle Doria ebbero la dote di ducati 60000: che anzi la signora Annamaria ebbe ducati 10000 di più. E tutte e quattro e prima del matrimonio, e con ratifica dopo del matrimonio, rinunziarono a tutte le successioni deferite, o da deferirsi in lor beneficio, così per lo lato paterno come per lo lato materno, togliendosene all'intutto di mezzo e dichiarandosene interamente estranee. Alla cui osservanza, anche quando dette rinunzie si dichiarassero nulle, si obbligarono i suoceri, e mariti rispettivi.

» Non costa soltanto se la rinunzia della signora Annamaria fosse stata ratificata dopo di essere ella passata in casa del marito.

» Nel dì 1 luglio 1809 morì la signora Giovanna Pappacoda. Le suddette di lei quattro figliuole nel dì 17 dello stesso mese chiesero nel tribunale di prima istanza di Napoli la successione intestata della di loro madre per quattro delle cinque porzioni a' termini della novella legislazione.

» Il principe Doria loro fratello reclamò in contrario l'osservanza delle rinunzie fatte dalle sorelle, e la successione del maggiorato, a'termini della legge de' 15 marzo 1807, e del real decreto de' 22 ottobre 1808.

» Susseguentemente nel dì 18 dello stesso mese di luglio, il principe Doria ripetè la domanda per la intera successione, e chiese intanto ordinarsi di poter egli continuare nel possesso dei beni materni in cui già ritrovavasi. Questa pretesa continuazione di possesso fu impugnata dalle sorelle come irregolare.

» Il tribunale, con sentenza del dì 19 di quello stesso mese di luglio, ordinò che il principe Doria fosse immesso nel possesso della quinta porzione dei beni rimasti nella eredità della di lui madre Giovanna Pappacoda, che non gli era contrastata dalle sorelle; e che per gli altri quattro quinti della medesima eredità se ne facesse la consegna allo stesso principe Doria, in qualità di vero e semplice sequestratario, precedente sollenne ed esatto inventario, con esser egli quindi tenuto a fare il deposito dei frutti de' divisati quattro quinti presso la persona destinanda dal tribunale, e colla intelligenza delle parti interessate.

» Questa sentenza fu per parte del principe Doria intimata alle sorelle nel dì 24 dello stesso mese di luglio, con espressa riserva, laddove per parte di loro si producesse appello. Nel dì 28 di quello stesso mese le sorelle manifestarono la loro intenzione di appellare. Il principe Doria v'inerì, e produsse le sue formali doglianze. Le sorelle con nuova istanza chiesero di non tenersi alcun conto delle loro rinunzie, e di dichiararsi estinto il maggiorato di Centola. Intanto le stesse sorelle dimandarono la vendita dei cavalli ereditarj innanzi al presidente del tribunale di prima istanza, e replicarono la dimanda delle quattro porzioni dei beni materni. Il presidente di detto tribunale accordò citazione a breve termine. Il principe Doria oppose di essere il giudizio assorbito dalla corte di appello.

» Il detto tribunale di prima istanza nel dì 7 agosto dell'anno 1809 dichiarò non esservi luogo a deliberare sulla dimanda avanzata dalle attrici per la vendita dei cinque cavalli, e prima di far dritto sulle altre dimande, ordinò che le parti tra giorni otto compissero la istruzione del processo, per potersi quindi deliberare a rapporto del giudice Ferri. Di tal sentenza appellò il principe Doria.

» La corte di appello sedente in Napoli, con decisione dei 18 giugno dello scorso anno 1810 facendo dritto all'appellazione proposta a nome delle sorelle Doria, e rigettando l'appellazione incidente prodotta per parte del principe Doria, senza arrestarsi alla sentenza de' 7 agosto ed all'appello prodottone dallo stesso principe Doria, e le quattro di lui signore sorelle Lilla, Caterina, Annamaria, e Maria Doria fossero entrate di pieno dritto al possesso di tutt'i beni ereditarj della principessa signora Gioranua Pappacoda dal dì della di lei morte in cinque quote eguali, compresi in detta eredità i beni un tempo soggetti al maggiorato Centola; ed ordinò che i coeredi si determinassero alla divisione de' beni ereditarj, e si prendesse ragione delle imputazioni e collazioni, come di dritto.

» Il principe Doria impugnò tal decisione con ricorso per cassazione dettagliando violazioni di rito, e di legge. Disse violato il rito fra le altre cose, perchè mentre il tribunale di prima istanza nel dì 19 luglio interpose una semplice interlocutoria per la conservazione dei beni, la corte di appello malamente applicando gli articoli 134 e 473 del codice di procedura annullò l'interlocutoria, e decise sul merito tanto per rapporto alle rinunzie, quanto per rapporto al maggiorato, nulla giovando di aver le parti presso la corte di appello conchiuso anche sul merito. Disse violata la legge 1.° perchè per rapporto alle rinuncie dovendosi tal causa decidere colle leggi antiche, sotto al cui impero furon fatte, anche ai termini dell'articolo 2° del novello codice, la corte di appello l'avea decisa colla legislazione novella, ed ancora in ciò avea malamente adattato l'articolo 745 del mentovato codice: 2° perchè per rapporto al maggiorato in vece di applicarsi la legge de' 15 marzo 1807 confermata col decreto de' 22 ottobre 1808, la corte di appello erasi malamente servita degli articoli

732, 745 e 896 del codice civile: 3° perchè contra la legge de' 15 marzo 1807, e contra gli articoli 897, 1048, 1049, 1052 e 913 del codice civile, la corte di appello non avea neppur serbata al principe Doria la quota disponibile: 4. perchè mentre la suprema potestà, sui rapporti dei regj procuratori presso dei tribunali e delle corti civili del regno, avea rimesso con lettera ministeriale di agosto 1809 alla gran corte di cassazione, per quindi passarlo al potere legislativo, l'esame dell' applicazion della legge de' 22 ottobre 1808, e della legge del codice, la corte di appello con un eccesso di giurisdizione ne aveva defintivamente deciso.

» Udito il rapporto del giudice cavalier Parrilli, intesi il signor Francesco Paolo Abrusci avvocato del principe Doria, ed il signor Filippo Vecchioni avvocato della contessa Doria, i quali in seguito han fatto sentire di essersi le parti fra loro convenute: ed inteso il regio procurator generale cavalier Poerio, il quale colle sue conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso, salva ai termini del dritto, l'esecuzione della convenzione passata fra le parti pendente l'esame del ricorso:

» La gran corte, in continuazione della seduta dei 19 del corrente mese, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero:

» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione:

» Veduti gli articoli 473 del codice di procedura civile, e gli articoli 732, 745, ed 896 del codice civile, così concepiti: art. 473 cod. proc. civ. » Se allorchè essendosi interposto appello da una sentenza interlocutoria, la sentenza venga rivocata, e la causa sia in istato di essere decisa definitivamente, le corti ed altri tribunali di appello possono giudicare simultaneamente sul merito con una sola e medesima sentenza. » etc. etc. etc.

» Attentocchè la corte di appello lungi dall'essere incorsa in alcuna violazione di rito in parti essenziali, non ha fatto che legittimamente usare della facoltà attribuitale dall' art. 473 del codice di procedura civile:

» Attentocchè le leggi successorie colpiscono e regolano le successioni aperte in seguito della loro promulgazione: che la capacità di succedere non dipende se non dalla legge; ed al momento in cui la successione si apre, devesi esclusivamente guardare per conoscere quali siano coloro, i quali abbiano o nò la capacità richiesta ad accoglierla; ne segue che nè il matrimonio, nè la dote pagata, promessa o costituita possono togliere alle donne i diritti di successione verificati in lor favore dopo la pubblicazione del codice civile, il cui articolo 745 vigente all'epoca della successione deferita invitava le figliuole in concorrenza dei maschi alla successione dei genitori.

» Attentocchè le rinunzie precedentemente convenute non possono essere operative ed efficaci, se non nel caso, che riguardate come contratti, potessero essere sussistenti ai termini di ragione; lo che non si verifica nel caso in quistione, in cui le rinunzie non fanno che ricordare un atto per soprabbondanza stipulato in un territorio, dove le figliuole in concorrenza de' maschi erano per legge dalla successione de' genitori escluse; ond' è che la corte di appello non riputandole valevoli come contratti, loro non ha dato esecuzione; e così decidendo, non ha fatto che, conformandosi ai principj della materia, seguire quella giurisprudenza, che pose fine a consimili contese nell' antico territorio francese, e produsse la legge de' 5 brumajo anno V, la quale come ragione scritta è stata seguita in tutt' i paesi di antica esclusione delle donne novellamente sottoposti all' impero del codice civile:

» Attentocchè i dritti eventuali di semplice aspettativa, conservati agl' immediati sostituiti dall'articolo 2 della legge de' 15 marzo 1807 sono stati distrutti ed annullati dalle disposizioni del codice civile che, mercè gli articoli sopraccitati, mentre annulla le sostituzioni, deferisce la successione de' defunti genitori a tutt' i figli così maschi che femmine, senza attendere nè la natura nè l'origine dei beni, per regolarne la successione:

» Avuta inoltre considerazione, che anche quando non si trattasse della libera ed intestata successione della defunta principessa Pappacoda, ma sibbene della testamentaria e fedecommessata del principe suo padre, avo

de' contendenti, il fedecommesso neanche avrebbe luogo sulla quota disponibile, non trovandosi ordinato dall'avo, a' termini dell'articolo 1050 del codice civile a beneficio di tutt'i nipoti suoi così maschi, che femmine: ond'è, che la disposizione, permessa in quanto non abbracciava che la sola quarta disponibile, sarebbe stata del pari nulla, perchè diretta al favore del solo maschio primogenito:

» Finalmente atteso che la corte di appello nel pronunziare sulle quistioni sottomesse alla sua decisione, senz'arrestarsi alle relazioni pendenti e non decise dal governo, si è perfettamente uniformata alle disposizioni dell'articolo 4 del codice vivile:

» Per siffatte considerazioni la gran corte rigetta il ricorso prodotto dal principe d'Angri avverso la decisione della corte di appello sedente in Napoli profferita il dì 28 giugno 1810, e lo dichiara mal fondato, salva, a' termini del dritto, la esecuzione della convenzione passata tra le parti pendente l'esame del ricorso. »

Anche le doti di paraggio sono dovute alle donne maritate, quantunque avessero queste nelle tavole nuziali rinunziate ad ogni successione che potessero aprirsi a lor benefizio. Fu questa la massima consagrata dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 7 agosto 1821.

» *Fatto*. D. Maria Marincola Pistoja, citò nel tribunale civile di Catanzaro D. Domenico Marincola Pistoja, erede di D. Domenico Marincola il vecchio, e di D. Beatrice Poerio per sentirsi condannare al pagamento del paraggio in di lei favore sulla paterna eredità, e della legittima a lei dovuta sulla eredità materna. D. Domenico Marincola Pistoja chiamò in garantia D. Raffaele Piterà marito di D. Maria, il quale nelle tavole nuziali solidalmente col di lui padre si era obbligato d'indennizzare il dotante ed i suoi eredi nommeno per qualunque dimanda di supplimento di paraggio, che per qualunque altro dritto, che la stessa D. Maria avesse voluto dedurre sul patrimonio paterno.

» Il tribunale con sentenza de'3 novembre 1818 dichiarò inammisibili, e mal fondate le domande anzidette. La Marincola ne appellò.

» La gran corte civile con decisione degli 11 novembre 1819 facendo diritto all'appello condannò D. Domenico Marincola Pistoja al pagamento in favore di D. Maria di ducati mille cogl'interessi alla ragione del 5 per 100 dal dì del promosso giudizio, dichiarando che nella condanna pronunziata erano comprese le due azioni proposte dall'attrice, così pel supplimento del paraggio su' beni paterni come per la quota a lei dovuta su'beni materni. Assolvè dall'altra parte D. Raffaele Piterà dalla domanda in rilievo contro di lui promossa dal signor Marincola Pistoja.

» Costui ne ricorse alla corte suprema di giustizia, deducendo 1. di essersi violata la costituzione *in aliquibus*: 2. Che il paraggio non deve misurarsi dal valore del paterno retaggio ma sibbene dalle convenienze familiari e dalla consuetudine del luogo: 3. Che si era violata la legge prendendosi per misura del paraggio lo stato del patrimonio paterno all'epoca dell'aperta successione, quando doveva regolarsi coll'epoca in cui fu assegnata la dote: 4. Finalmente che nel assolversi il signor Piterà dalla contratta obbligazione si erano violate tutte le leggi che garentiscono la fermezza de' patti, e delle solenni stipulazioni.

» Udito il rapporto ec. ec., ed inteso il pubblico ministero che colle sue conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso:

» Considerando che nell'anno 1786. D. Domenico Marincola Pistoja, seniore allogando in matrimonio D. Maria Marincola di lui figliuola con D. Raffaele Piterà, le costituì la dote di duc. 2000 de'quali ducati mille furon pagati al momento, e gli altri ducati 1000 furon promessi fra due anni coll'interesse al cinque per 100 e nelle carti dotali stipulate all'uopo non meno lo sposo D. Raffaele che il di lui padre D. Carlo si obbligarono solidalmente ad ogni semplice richiesta del dotante di far rinunziare alla sposa a qualunque dritto di futura successione che potesse appartenerle per supplimento di legittimo paraggio, o porzione qualunque, sopra dell'

eredità così intestate, che testate, paterna, materna, averna, zierne, fraterne, e sororie, assumendone colla cautela così detta di *Maranta*, la garantia ne proprj loro beni.

» Considerando che per tutta la vita dello stesso D. Domenico non curò egli giammai di richiedere la promessa rinunzia, che anzi essendosi nell'anno 1804 per discordie surte fra conjugi, separata D. Maria dal di lei marito Piterà ritornò ella nella paterna casa, e quindi seguì una convenzione per effetto della quale obbligossi il marito di corrispondere alla moglie duc. venti al mese per suoi alimenti.

» Considerando che sebbene il suddetto D. Domenico Marincola seniore nel suo ultimo testamento scritto nel di 10 dicembre dell'anno 1799 avesse istituite eredi particolari tutte le sue figlie nelle rispettive doti loro assegnate ingiugnendo al suo erede universale D. Domenico Marincola juniore di prontamente soddisfare i duc. 1000, che a D. Maria eran dovuti a compimento de' duc. 2000 a lei costituite in dote, legando a ciascuna di esse duc. 30; e dichiarando che avea già egli da tutte riscosse le piene rinunzie a suo favore, pur non di meno così della soddisfazione de' residuali duc. 1000 come della rinunzia di D. Maria non fu prodotto alcun legale documento, che anzi le tavole nuziali dimostrano l' opposto, dacchè se adempiuto si fosse dall' erede al pagamento del residuo delle sue doti ed in seguela di esso alla rinunzia, vi si vedrebbe in margine quel notamento che non vi esiste.

» Considerando, che dallo stesso testamento si raccoglie, che il dotante nell'anno 1792, appena sei anni dopo all' assegnamento della dote di duc. 2000 fatto a D. Maria avea già egli un patrimonio, che sorpassava il valore di duc. 160mila sul quale con atto fra vivi per notar Litterio Zonghi del dì 28 febbrajo del detto anno fondò a favore del suo primogenito D. Luigi un maggiorato di duc. 30mila la qual cosa dimostra ad evidenza che ove anche volesse attendersi il tempo della dotazione e non dell' aperta successione, la dote costituita fu di granlunga inferiore a quel paraggio che dovea esserle assegnato in luogo di legittima.

» Considerando che le rinunzie alle future eredità, e specialmente de' genitori furon sempre riprovate dalle leggi. *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem in quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio manifestum est, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur nullius momenti sint* rescrissero gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano nella *l.* 4. *Cod. de inutil. stipulat.*

» Considerando, che la malleveria segue sempre la obbligazione principale, sicchè se nulla, ed inefficace era a dirsi per legge la rinunzia all' eredità future, pel di cui adempimento eransi ne proprj beni resi garanti lo sposo, e 'l di lui padre, di niun vigore parimenti era la malleveria medesima a riputarsi *l.* 27 *D. de obligat. l.* 129 *et. l.* 178 *de reg. jur. Cum principalis causa non subsistit ne ea quidem quae sequuntur locum habent.*

» Considerando che il detto D. Domenico Marincola seniore col suo codicillo del dì 11 maggio 1801 aumentò le doti delle sue nipoti D. Giulietta, e D. Maria Stella Marincola, figlie del predefunto D. Luigi di lui figliuol primogenito in altri duc. mille dippiù de' duc. 2000.

» Considerando che per canone non meno di giurisprudenza universale, che de' statuti ancora del nostro Regno: *modus dotis et facultatibus, et dignitate mulieris maritique statuendus est*, e sicuramente nella presente causa colla nobiltà de sposi concorrea ugualmente la dovizia del patrimonio paterno.

» E considerando in fine che non prima dell'anno 1816 la suddetta D. Maria Marincola promosse giudizio nel tribunale civile di Catanzaro, dopo i dovuti sperimenti di conciliazione contra D. Domenico Marincola juniore suo nipote per lo supplimento della legittima, e del paraggio a lei dovuto sull'asse ereditario paterno lungi dal chiedere interessi arretrati dall' epoca della morte del padre.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso: libera il deposito alla real tesoreria generale e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati 25 e grani 60 oltre il costo della spedizione.

§. 9. » Gli eredi che avessero sottratto o

» nascosto cose spettanti ad una eredità, de-
» cadono dalla facoltà di rinunziarvi. Resta-
» no eredi puri, e semplici, non ostante la
» loro rinunzia, senza che possano preten-
» dere alcuna parte nelle cose sottratte o na-
» scoste. *Art.* 709 *leg. civ.*

Ulpiano nella soggetta specie distingue il modo della sottrazione, cioè se fatta con dolo, oppure senza conoscere la qualità ereditaria nella cosa sottratta; come distingue il tempo della sottrazione se eseguita prima o dopo la rinunzia della eredità.

» Praetor ait: Si per eum (*scilicet heredem*) eamve factum erit quo quid ex ea hereditate (*quae ei defertur*) amoveretur (*subaudi*, *abstinendi beneficium non habebit.*); si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle aliquid autem ex hereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit. Non dixit praetor, si quid amoverit (*scilicet ante*) sed si per eum, eamve factum erit, quod quid ex ea amoveretur. Sive ergo ipse amoverit, sive amovendum curaverit, edictum locum habebit. Amovisse eum accipimus qui quid celaverit, aut intervertit, aut consumpserit. Ait praetor: quo quid ex ea hereditate amoveretur: sive autem una res, sive plures fuerint amotae, edicto locus est, sive ex ea hereditate sint, sive ad eam hereditatem pertineant. Amovere non videtur qui non callido animo nec maligno rem posuit; ne is quidem qui in re erravit dum putat non esse hereditariam. Si igitur non animo amovendi, nec ut hereditati damnum det, rem abstulit, sed dum putat non esse hereditariam, dicendum est eum amovisse non videri.

» Haec verba edicti ad eum pertinent, qui ante aliquid amovit, deinde se abstinuit. Caeterum si ante se abstinuit deinde tunc amovit, hic videamus an edicto locus sit. Magisque est, ut partem hic Sabini sententiam admittendam; scilicet ut furti potius actione creditoribus (*quibus fuerant traditae vel speciali pactione obligatae*) teneatur etenim qui semel se abstinuit, quemadmodum ex post delicto (*scilicet amovendo*) obligetur (*scilicet hereditati*: *certe nullo modo*, *imo nec aditione* (*L.* 70 §. *ult. D. de acquiren, vel omit. herad.*

Casus. Dictum est quod praetor dat abstinendi facultatem heredibus suis et necessariis, qui de jure civili sunt etiam iuviti heredes, nunc ponit idem praetor quoddam suum edictum ita dicens, si per eum eamve heredem factum fuerit, ut aliquid amoveretur ex ea hereditate, quae ei delata est, abstinendi beneficium non habebit. Dicit postea Ulpianus: ex quo dicit praetor per eum, eamve heredem factum fuerit, ut aliquid amoveretur ex ea hereditate quae ei delata est, abstinendi beneficium non habebit, ut dictum est: ergo sive ipse heres amoverit, sive amovendum per alios curaverit, habebit locum dictum edictum: sive ergo aliquid celaverit, interverterit, vel consumpserit, ex dicta hereditate amovisse videtur. Item habebit locum dictum edictum sive una res, sive plures amotae fuerint; et sive res amotae sint ex ea hereditate, sive ad eam pertineant; non autem videtur heres amovisse si rem abstulit non putans eam esse hereditatem. Item non habet locum dictum edictum, si se abstinuit, et postea amovit eam; nam non valebit propter hoc minus abstentio: tenebitur tamen hoc casu creditoribus actione furti *Vivianus.*

» Si può osservare, dice Toullier, che quest' articolo suppone l occultamento, o la sottrazione essere anteriore alla rinunzia, mentre questo è il caso il più ordinario.

» L' antica giurisprudenza conforme al dritto romano faceva distinzione tra l' occultamento anteriore, e l' occultamento posteriore alla rinunzia. La regola generale era che quando vi sarebbe stato atto di erede prima della rinuuzia, diveniva una vera frode dopo che si è rinunziato.

» Ora che colui il quale ha rinunziato può dichiararsi erede se la successione non è stata accettata, non è dubbio che egli farebbe atto di erede impadronendosi degli effetti che nascondesse prima dell' accettazione degli altri eredi,

» Se l' occultamento fosse posteriore alla loro accettazione, questo sarebbe il caso in cui, secondo il dritto romano, bisognerebbe intentare l' azione di furto contra il rinunziante. Per altro, in questo caso medesimo si ammetteva per eccezione che egli doveva

essere dichiarato erede puro, e semplice, se aveva rinunziato per impadronirsi impunemente dei beni della successione. Ma gli altri eredi in vece di far dichiarare il rinunziante erede puro e semplice, possono limitarsi a fargli restituire gli effetti sottratti o nascosti. *Toullier. Corso di dritto civile. Tomo 4 n.* 350.

RINUNZIA AI DANNI ED INTERESSI.

§. 1. » L'azione penale sarà esercitata dal » pubblico ministero senza bisogno d'istanza » della parte privata . . . .

» se l'imputato sia stato condannato altra » volta per misfatto o delitto, o due volte » per misfatto o delitto abbia goduto gli ef» fetti della rinunzia all'istanza privata . . . » *Art.* 39 *leg. di proced. ne' giud. pen.*

Con reale rescritto de' 19 febbraro 1820 fu dichiarato, che le disposizioni di questo articolo riguardano anche il caso, che la rinunzia siasi goduta prima delle leggi in vigore.

» Ai regj procuratori generali presso le gran corti criminali.

» L'articolo 39 delle leggi di procedura penale autorizza il pubblico ministero ad esercitare di uffizio, senza il concorso della istanza della parte privata, l'azione penale contra quell'imputato di delitto o contravvenzione, che per due volte abbia goduto gli effetti della rinunzia alla istanza privata.

» Sull'applicazione di queste disposizioni S. M. ha risoluto, che l'imputato il quale ha goduto per due volte del beneficio del citato articolo, sia che questo godimento abbia avuto luogo dopo le attuali leggi di procedura penale, sia che abbia avuto luogo prima di esse, e sia qualunque l'epoca dei reati, non può giammai goderne per la terza volta.

» Nel real nome lo comunico ec. ec. *Il Marchese Tommasi.*

§. 3. » Chi rinunzia a' danni ed interessi, » o alla punizione de' colpevoli, non può » più rinnovarne l'istanza. *Art.* 44 *leg. di* » *proc. ne' giud. pen.*

Così Paolo :

» Quaedam actiones per pactum ipso jure tolluntur (*item illae quae sunt ex maleficiis, ut injuriae, furti, ut hic et idem puto in similibus quae continent famosam causam, ut sunt poenales*) ut injuriarum item furti. *L.* 17 §. 2 *D. de pactis.*

§. 4. » La rinunzia a' danni ed interessi » può farsi in qualunque parte del giudizio.

» Dopo la rinunzia il querelante perde » ogni diritto di ripetere giudiziariamente sia » dal tesoro pubblico, sia dall' imputato, le » spese erogate. *Art.* 45 *leg. di proc. nei* » *giud. pen.*

Principalmente si osserva che la perdita sofferta e 'l guadagno non fatto sono particolari requisiti che costituiscono i danni, ed interessi che il querelante è nel dritto di ripetere dal suo offensore, ed ai quali di poi espressamente possa benanche rinunziare. Vedi *Danni ed interessi* §. 1 e 9.

In secondo luogo è da riflettersi, che questo articolo stabilisce la regola generale di potersi fare questa rinunzia in qualunque parte del giudizio. Ciò importa che considerata la indennizzazione dei danni sofferti come riparazione di un male da altri prodotto, il danneggiato è nella libertà di rinunziarvi. Questo beneficio però non lascia l'accusato immune dalla pena sia pubblica l'azione, sia privata. L'oggetto che particolarmente si è avuto con queste disposizioni altro non comprende che la rinunzia del semplice danno; estremo della sola azione civile che l'offeso o non promuove, o abbandona lasciandola prescrivere, o formalmente rimette al suo offensore : in alcuno di questi modi cessa nell'offeso stesso il dritto di più reclamare la sua indennizzazione.

La massima è dettata dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 6 marzo 1818.

Fatto. Antonia Capone dichiarata colpevole di marioleria fu condannata dal giudice correzionale di Altavilla in Principato ultra ad un anno di prigionia, alla rifazione dei danni ed interessi a favore della parte civile, ed alle spese del giudizio. Appello della condannata alla gran corte criminale. Quivi la querelante dichiarò non voler più intervenire nel giudizio come parte civile, ma non rinunziò alla istanza già fatta perchè il pubblico ministero non persequitasse la colpevole coll' azione pubblica. La imputata sosteneva

allora che la semplice rinunzia a' danni-interessi produceva l'abolizione dell'azion penale. La gran corte però confermò la condanna, tolta la sola parte che riguardava il ristoro de' danni-interessi. Ricorso.

» Sul rapporto ec. La corte suprema ec.

» Considerando che altro importa il costituirsi parte civile per la indennizzazione dei danni-interessi, altro importa il fare istanza per la punizione del colpevole; che il rinunziare ad esser parte civile non produce altro se non la rinunzia ai danni-interessi, ma non già la rinunzia alla punizione del colpevole; che la rinunzia alla punizione del colpevole ha bisogno di una istanza specifica; e che il caso presente offre che mentre la dirubata si costituì parte civile, e chiese la punizione della imputata, rinunziò poi ai dritti di parte civile non già alla istanza fatta per punirsi la colpevole.

» Per tali considerazioni rigetta il ricorso.

Vedi *Abolizione* §. 2 e le decisioni che vi sono riportate.

§. 5. » Se l'intervento della parte civile » ha cagionato danni ed interessi all'imputato, la sua desistenza non toglie all'imputato » il dritto di ripeterli, quando ne abbia il » dritto. *Art.* 46 *leg. di proced. ne' giud. pen.*

I danni ed interessi, che l'imputato abbia sofferto riguardano non solo ogni male che gli sia stato cagionato dall'accusa, ma benanche le spese del giudizio. In virtù della rinunzia dunque la contesa si ha per estinta, e lo stato dell'offeso dee riguardarsi nel modo come si trovava prima del giudizio istituito. Possono valere all'oggetto le disposizioni del rito civile.

» La rinunzia allorchè sarà stata accettata, importerà di pieno dritto il reciproco consenso di rimettere le cose nel medesimo stato in cui erano prima della domanda.

» Essa indurrà parimente l'obbligazione di pagar le spese alle quali sarà condannata la parte rinunziante, ed in conseguenza di una semplice ordinanza del presidente segnata in piè della tassa, presenti o citate le parti con atto di patrocinatore.... *Art.* 496. *Leg. di proced. ne' giud. civ.*

§. 6. » Ne' giudizj di polizia la rinunzia » all'istanza per la punizione dell' incolpato » debbe essere presentata prima che la sen» tenza sia divenuta irrevocabile: ne giudizj » correzionali, prima che la sentenza passi » in giudicato, o che la gran corte crimi» nale interponga sull'appello la sua deci» sione: ne' giudizj criminali, prima che si » chiuda il termine delle 24 ore per la esi» bizione delle note dei testimonj da ascol» tarsi nella pubblica discussione.

» Dopo questi termini la rinunzia all'istan» za non arresta l'azione penale. *Art.* 47 » *leg. di proc. ne' giud. pen.*

Questo articolo estende gli effetti della rinunzia dall' agente principale che ne gode, anche a favore de' complici; e ciò per la intelligenza che ne vien data con reale rescritto de' 4 marzo 1820.

» Ai regj procuratori generali presso le gran corti criminali.

» S. M. nel consiglio de' 7 febbraro scorso spiegando gli articoli 38. 40. e 47. delle leggi di procedura penale circa gli effetti della istanza privata, ha dichiarato, che nel caso di reato commesso da più individui, l'istanza fatta dall' offeso per la punizione di uno de' colpevoli apra il giudizio anche a carico degli altri; e che la rinunzia all' istanza per uno di essi produca il suo effetto anche a favore degli altri.

» Nel real nome lo comunico ec. ec. *Il Marchese Tommasi.*

Vedi *Querela* §. 3 Decisione.

§. 7. » Se l'imputato non vuole accettare » gli effetti della rinunzia all' istanza, può » far proseguire nelle forme ordinarie la cau» sa, perchè si decida indipendentemente » dalla rinunzia o desistenza della parte pri» vata, notificandone il querelante. *Art* 48 » *leg. di proc. ne' giud. pen.*

SCRITTURA PRIVATA. §. 1. » La » scrittura privata riconosciuta da quello con» tra cui si produce, o legalmente conside» rata come riconosciuta, ha la stessa fede » dell' atto autentico fra quelli che l'hanno » sottoscritta, e fra loro eredi, e quei che » hanno causa da loro. *Art.* 1276 *leg. civ.*

» Si chiamano atti privati » al dir del tribuno Jaubert » quelli, che sono segnati dalle parti sole, e che essendo così stipulati senza l'intervento di alcun pubblico uffiziale

presentar non possono da se stessi alcuna forma autentica.

» Vi sono delle regole comuni a tutti gli atti privati: ve ne sono delle particolari agli atti, che contengono convenzioni sinallagmatiche, ed agli atti per mezzo de' quali una sola parte si obbliga verso dell'altra a pagargli una somma di denaro, o a rilasciargli una cosa prezzabile.

» Le regole comuni sono 1°, che non vi possono essere atti privati, se non in quanto vi si trova la firma delle parti. La denominazione di atto privato lo dice a sufficienza. Una scrittura qualunque che sembrasse di contenere una dispositiva, non potrebbe per regola generale essere riputata atto privato, se la firma non vi si fosse apposta da colui, che si pretende obbligato, quantunque la scrittura sia stata scritta interamente di sua mano: 2°. si obbliga con un atto privato come con un titolo autentico ma vi è questa differenza, che gli atti privati debbono essere preventivamente riconosciuti prima di passarsi alla esecuzione. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 60.

Tre differenze essenziali rimarca Delvincourt tra l'atto autentico, e la scrittura privata su la prova, che ne risulta.

» La prima, ei dice, si è, che l'atto autentico fa piena fede da se medesimo fintantocchè non vi sia querela di falso, ed anche in questo caso incumbe a colui che lo pretende falso, il provarlo: l'atto per scrittura privata non fa fede che in quanto è stato riconosciuto espressamente, o tacitamente (cioè quando il debitore chiede tempo, e dilazione a pagare) o pure tenuto per riconosciuto da quelli che hanno interesse per non riconoscerlo, talmente che la semplice negativa del convenuto può sospenderne la esecuzione, e tocca allora all'attore il provarne la verità. In una parola l'atto autentico, anche impugnato si presume vero, finchè non è provato che sia falso, laddove l'atto per scrittura privata quando è negato, si presume falso sino alla prova contraria ». *Delvincourt. Corso di cod. civ. tom.* 6. *lib.* 3. *tit.* 5. *cap.* 6. *sez.* 1. §. 1.

Inoltre osserva Toullier che » questo articolo non può applicarsi con precisione se non quando la scrittura privata si produce contra la stessa persona che l'ha riconosciuta, o contra i suoi eredi, o contra coloro che hanno causa da lei. La sua ricognizione lega irrevocabilmente questi ultimi: niuno di essi può più non riconoscere la firma nè domandarne la verifica.

» Ma se la scrittura è opposta ad uno degli eredi o di coloro che hanno causa dalla persona che l'ha sottoscritta, e che è morta senz'averla riconosciuta, se questo erede, se questi che ha causa la riconosce, tale ricognizione non può pregiudicare gli altri eredi o aventi causa, perchè non conferisce contro di essi all'atto riconosciuto da un terzo la fede di un atto autentico, ma la conferisce solamente contra gli eredi o contra coloro che hanno causa da colui che ha fatta la ricognizione. La redazione dell'articolo è dunque inesatta: è d'uopo avvertirlo pel caso di una revisione.

» Osserviamo ancora che questo articolo è in perfetto accordo coll'articolo 1351 (1305) il quale porta, che per opporre con successo l'autorità della cosa giudicata è necessario che la cosa domandata sia la stessa.

» Supponiamo che una scrittura privata contenga molte clausole, e molte dichiarazioni indipendenti le une dalle altre che non debbono essere eseguite nello stesso tempo: in virtù di questo atto io produco una prima domanda contro Cajo, che dichiara di non riconoscere la firma del suo autore; questa è verificata, ed interviene una sentenza che dà la firma per riconosciuta. Cajo è condannato e paga.

» Un anno dopo io formo una seconda domanda su di un altra clausola della scrittura verificata, ma il di cui oggetto è tutto diverse: Cajo nega, e dichiara ancora di non riconoscere la firma del suo autore. Egli pretende che io non possa opporgli l'autorità della prima sentenza, perchè la cosa che gli domando non è la stessa. S'inganna: l'oggetto domandato non è realmente lo stesso che quello della prima azione; ma la domanda per ricognizione o verificazione che formava il preliminare della prima azione, sarebbe assolutamente la stessa nella seconda. Quindi la prima sentenza ha su questo punto acqui-

stata l'autorità della cosa giudicata, conformemente all'articolo 1351 (1305) e la scrittura ha in avvenire la stessa fede di un atto autentico contra Cajo, in contraddizione del quale è stata legalmente considerata per riconosciuta contra i suoi eredi, o contra coloro che hanno causa da lui.

» Osserviamo finalmente che la scrittura privata riconosciuta, o legalmente considerata per tale fa pruova non solamente tra quelli e contro quelli che hanno sottoscritta questa scrittura, contra i loro eredi o quelli che hanno causa da loro, ma prova benanche contra i terzi, che la convenzione che racchiude, o della quale contiene la prova sia effettivamente conchiusa: *probat rem ipsam* come benissimo insegna Pothier n. 715. Vi è dunque anche una leggiera inesattezza nella redazione dell'articolo 1322 (1276) in ciò che dicendo che questa scrittura fa fede *tra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra i loro eredi, o quei che hanno causa da loro*, se ne potrebbe indurre *a contrario* - Questa osservazione è importante per la pratica nel caso della prescrizione; imperciocchè se le scritture private riconosciute o considerate per tali, non provassero contra i terzi la convenzione che racchiudono *rem ipsam* ne risulterebbe che le vendite, ed altre alienazioni fatte con scritture private, non potrebbero mai servir di titolo, e di fondamento alla prescrizione per dieci e venti anni. Or si è sempre opinato e giudicato il contrario: la sola difficoltà consisteva a determinare l'epoca dalla quale comincia a decorrere la prescrizione. *Toullier. Corso di dritto civile tomo* 8 *n.* 238 *a* 239.

Si ha inoltre come privata scrittura quell'atto che cessa di essere autentico per la incompetenza, o la incapacità dell'ufiziale, o per un difetto di forma nei termini dell'articolo 1272. Vedi *Atto autentico* §. 2.

» §. 2. Quegli contra cui si oppone una
» scrittura privata è tenuto di riconoscere o
» negare formalmente il proprio carattere o
» la propria sottoscrizione.

» I suoi eredi, o quei che hanno causa
» da lui possono semplicemente dichiarare che
» non conoscono il carattere o la sottoscri-
» zione del loro autore. *Art.* 1277. *Leg. civ.*

Nel caso che chiamati in giudizio gli eredi di colui, che ha sottoscritto la privata scrittura, dichiarino non riconoscerne la sottoscrizione, si avrà la dichiarazione di costoro come valida ad impugnare l'obbligo che l'atto contiene? No: è allora il caso in cui il magistrato ne dispone la legale riconoscenza per mezzo di autografi che sottopone all'esame dei periti.

Per riconoscere la privata scrittura le leggi di procedura ne giudizj civili ne dettano il modo - Vedi il §. seguente.

» §. 3. Quando la parte neghi il proprio
» carattere o la propria sottoscrizione, e quan-
» do i suoi eredi, o quei che hanno causa
» da lui, dichiarino di non conoscerla, se
» ne ordina la verificazione giudiziale. *Art.*
» 1278. *Leg. civ.*

Nella corte di appello di Colmar si discusse il dubbio, se un atto in scrittura privata segnato da una delle parti con una *croce* e firmato da due testimoni presenti, possa dar luogo alla verificazione giudiziale. Con decisione de' 27 messidoro anno 13 si deliberò negativamente.

» Nel 1793 Elisabetta Blaise ebbe un figlio naturale, ch'ella tenne sempre seco fino ai 16 pratile, anno 12, giorno della sua morte.

» Nicolò Remy s'impossessa della sua eredità, e gli 8 messidoro, anno 12, fa la sua dichiarazione di paternità.

» I parenti della defunta fanno nominare un tutore al figlio, e ricorrono contro Remy.

» Questi rifiuta di prestarsi tanto al cancellamento della dichiarazione di paternità, quanto alla restituzione de' beni.

» Si fonda, per quest'ultimo caso, sopra una vendita fatta con privata scrittura in data delli 6 fiorile, anno 11, segnata in fondo con una croce, qual'era la firma di Elisabetta Blaise, firmata da due testimonj, e registrata li 25 pratile seguente.

» In forza di questa vendita, Elisabetta Blaise gli trasmette in tutta proprietà l'universalità di tutt'i suoi beni mobili ed immobili consistenti in una casa, in un campo, in un truogolo, ed in un piccolo giardino del valore di mille franchi, de' quali ella confessa di averne ricevuto settecento. As-

solve d' acquirente dagli altri trecento franchi che rimangono, a condizione per parte sua di far le spese delle di lei esequie, e di mantenere il figlio che lascia.

» Li 30 pratile, anno 12, sentenza del tribunale di Colmar che, non avuto riguardo alla pretesa vendita delli 6 fiorile, anno 11, dichiarata nulla e come non avvenuta, dà a Temy atto che si riporti alla saviezza del tribunale in quanto alla sua dichiarazione delli 8 messidoro, anno 11. Facendo ragione sulle quistioni del ministero pubblico, ordina che la detta dichiarazione sia cancellata, e condanna Remy sotto pena dell'arresto personale, alla restituzione degli effetti, ed al rilascio degl' immobili della eredità della detta Blaise ec.

» In appello Remy si rimette alla saggezza della corte per la sua dichiarazione di paternità. Egli sostiene di più che il titolo che produce non può essere sospetto, quantunque solamente sottosegnato dalla venditrice; poichè ha una data certa, ed è munito delle firme di due testimonj i quali, essendo ancor vivi, potrebbero all'uopo esser chiamati innanzi al giudice ed essere interrogati sul contenuto nella vendita. Che d' altronde era di una costante giurisprudenza nell'inaddietro supremo consiglio d' Alsazia di prestar fede agli atti semplicemente sottosegnati, quando erano muniti della firma di due testimonj, salvo di sentirli, venendo il caso, e salva l'inscrizione di falso. Che finalmente in tutti i casi, la condanna personale non si poteva sotto alcun pretesto mantenere.

» Le ragioni del convenuto sono quasi tutte sviluppate nella seguente sentenza.

» Considerando che l' appellante, riportandosi al giudice nella causa di appello, come lo ha fatto in prima istanza riguardo alla sua prima dichiarazione ch'egli è il padre del figlio naturale di fu Elisabetta Blaise, ha fatto conoscere abbastanza che quest' atto non è stato sincero nè maturato per parte sua. Con questa dichiarazione, d' altronde illegale, l'appellante rilevando la sua turpitudine, nuocerebbe allo stato del figlio; poichè se si potesse conservare quest'atto, si giudicherebbe che questo figlio fosse risultato adulterino, dopo essere stato considerato come figlio naturale solamente. La sentenza che ordina il cancellamento della dichiarazione è dunque giuridica, ed evvi luogo a confermarla sotto questo rapporto, nel mentre che una tale dichiarazione che offende i buoni costumi, è riprovata dall' articolo 335 del codice civile.

» Considerando che la vendita di cui si tratta non è contenuta in un titolo autentico, ma bensì in un atto presentato come fatto in privata scrittura. Ora una pretesa regola in questa materia è che non vi possono essere atti in privata scrittura se non in quanto vi si trovi la firma delle parti. La sola qualificazione di atto fatto in privata scrittura lo stabilisce sufficientemente, e, secondo una regola egualmente costante, l'atto in privata scrittura non produrrebbe effetto, se antecedentemente non sia stato riconosciuto. Se quegli a cui si oppone la scrittura nega di riconoscere la firma, o se dichiarano di non riconoscerla i suoi eredi o aventi causa, devesi ordinare la verificazione. Tal è il voto dell' ordinanza del 1667; la giurisprudenza antica e moderna vi è conforme, come anco il codice civile art. 1322, 1323, 1324; quindi è evidente che una scrittura che non è che sottosegnata, e di cui la sottoscrizione viene negata da quegli che deve averla fatta, o che i suoi eredi od aventi causa dicono di non conoscere, è nulla per ciò solo che non può essere sottoposta alla verificazione; poichè non può verificarsi una sottoscrizione che non abbiasi potuto riconoscere tanto col paragone, quanto in altro modo; e l' atto delli 6 fiorile, anno 11, è in questo caso; poichè non è stato sottoscritto che dalla fu Elisabetta Blaise, ed il tutore del di lei figlio oppone la negativa.

» Considerando che la circostanza di esser concorsi a questa firma due testimonj colla loro sottoscrizione, non saprebbe convalidare l'atto; l'appellante ha invano cercato di appoggiarsi alla giurisprudenza ed ai regolamenti dell' antico consiglio d' Alsazia, secondo i quali, a ciò che si è preteso senza averlo giustificato, gli atti semplicemente firmati facevano fede fino all'accusa di falso, quando essi fossero muniti della sottoscrizione di due testimonj, salva anche la ripetizione, ve-

nendo il caso; ma quando il caso fosse vero, sarebbe stata una infrazione dell'ordinanza del 1667, la quale essendo stata rimessa in vigore in questi ultimi tempi, deve esser regolata dai giudici attuali per tutti i fatti che vi sono stati previsti, e che hanno preceduto la promulgazione del codice civile che d'altronde, relativamente alla presente quistione non ha disposizioni contrarie; e lo allontanarsene sarebbe dar adito ai più grandi abusi.

» Considerando che non si può ordinare la prova testimoniale per un oggetto il di cui valore ecceda 100 franchi, secondo l'ordinanza del 1667, e di 150 fr. secondo il codice civile; come potrebbesi dunque ammettere la ripetizione dei testimonj che hanno firmato in un atto della specie di quello di cui si tratta, per un valore eccedente quello oltre il quale la legge permette la prova testimoniale? E se essi non sono esaminati, l'atto che hanno firmato, non è che una semplice dichiarazione di testimonj non corrobarata dalla fede del giuramento. Con ragione adunque i giudici *a quo* hanno annullato l'atto delli 6 fiorile, anno 11; e per una necessaria conseguenza hanno ordinato il rilascio dell'eredità pervenuta al minore del convenuto.

» Considerando che niente potrebbe giustificare l'arresto personale decretato contro l'appellante con sentenza da cui vi è appellazione: la legge delli 15 germinale, anno 6, vuole che non si possa pronunziare questo arresto che in virtù di una legge formale. Ora non ve ne ha alcuna che sia applicabile al presente caso; così, i giudici *a quo* non hanno potuto pronunziarlo che per estenzione, stabilendo che vi era dolo e frode pel fatto dell'appellante, e paragonando questa frode e questo dolo allo stellionato, per cui la legge succitata autorizza l'arresto personale. Ora non saprebbesi neppure colla sostituzione di un caso all'altro, o coll'effetto della loro analogia, dare una simile estensione ad una disposizione penale, mentrecchè nell'uso comune e nella definizione che ne dà il codice civile articolo 2059, lo stellionato devesi intendere quando si vende o s'ipoteca un immobile di cui si sa di non essere proprietario, o quando si danno come liberi de' beni ipotecati, o si dichiarano ipoteche minori di quelle di cui sono gravati i suoi beni; il che non è nella ipotesi presente.

» Per questi motivi,

» La corte,

» Dice ch'è stato mal giudicato, bene appellato in ciò che l'appellante è condannato all'arresto personale; riformando in quanto a ciò l'assoluzione da questa condanna; avendo pel resto la detta sentenza il suo effetto ec.

Sul modo di conoscese, e verificare le scritture private, le leggi di procedura civile ne danno la norma.

Della verificazione delle scritture.

» *Art.* 287. Trattandosi di far riconoscere e verificare le scritture private, l'attore potrà senza permissione del giudice far citare la parte a tre giorni, onde ottenerne un atto della di lei ricognizione, o far dichiarare che la scrittura dee aversi per riconosciuta.

» Se il reo non impugna la firma, tutte le spese relative alla ricognizione o verificazione di essa, ed anche quelle che sono occorse per la registrazione della scrittura, saranno a carico dell'attore.

» *Art.* 288. Se il reo non comparisce, verrà dichiarato contumace, e lo scritto si avrà per riconosciuto. Comparendo il reo, e riconoscendo la scrittura, il giudice la dichiarerà riconosciuta, e ne darà atto alla parte instante.

» *Art.* 289. Se il reo impugna la firma attribuitagli, o dichiara di non riconoscere quella attribuita ad un terzo, potrà ordinarsene la verificazione tanto per mezzo di documenti, quanto per mezzo di periti e testimonj.

» *Art.* 290. La sentenza che ammetterà la verificazione, ordinerà che questa sia fatta da tre periti nominati di uffizio, qualora le parti non sieno state di accordo nella loro elezione. La medesima sentenza destinerà il giudice, davanti il quale dovrà farsi la verificazione, ed ordinerà che il documento da verificarsi sia depositato in cancelleria, dopochè si sarà riconosciuto lo stato del medesimo, e sarà quello cifrato in ogni pagina, e sottoscritto dall'attore o dal suo patrocinatore, e dal cancelliere il quale stenderà di tutto un processo verbale.

» *Art.* 291. Qualora il giudice destinato o i periti sieno ricusati, dovrà procedersi come è stabilito nel titolo XIII e nel titolo XX del presente libro. *Vedi Giudici pag.* 302.

» *Art.* 292. Nel termine di tre giorni dal deposito del documento, il reo potrà prenderne comunicazione in cancelleria, senza trasportarlo altrove. Nell'atto di tal comunicazione il documento verrà cifrato in ogni pagina da esso, o dal suo patrocinatore, o da qualche altro che egli abbia munito di sua special procura; ed il cancelliere ne stenderà processo verbale.

» *Art.* 293. Il giudice commessario stabilirà con ordinanza il giorno per lo confronto delle scritture, e destinerà con essa un usciere per eseguire la citazione alle parti, onde comparissero davanti a lui. Questa citazione si farà ad istanza della parte più diligente, e si notificherà al patrocinatore della parte contraria, e se la medesima non ha costituito patrocinatore, al di lei domicilio. Se la parte che ha domandata la verificazione non si presenta, la scrittura sarà rigettata; ed al contrario si avrà per riconosciuta, se il reo non comparisce. In amendue i casi la sentenza sarà pronunziata nella prossima udienza sulla relazione del giudice commessario, senza obbligo di citazione alle parti perchè vi comparissero. Sarà permesso di far opposizione a tal sentenza.

,, *Art.* 294. Se le parti discordano intorno alle scritture di confronto, il giudice potrà solamente ammettere come tali,

,, 1. le firme apposte agli atti celebrati avanti i notaj, o quelle apposte agli atti giudiziali in presenza del giudice e del cancelliere, o finalmente gli atti che dalla parte, il di cui carattere dovrà essere comparato, sono stati scritti e firmati in qualità di giudice, cancelliere, notajo, patrocinatore, usciere, o come addetto per qualunque altro titolo a qualche pubblico uffizio;

,, 2. gli scritti e le firme private, riconosciute da quello stesso al quale viene attribuita la scrittura da verificarsi; ma non gli scritti e le firme da esso impugnate, o non riconosciute, ancorchè fossero state precedentemente verificate e riconosciute come sue.

,, Se viene impugnata o non riconosciuta una sola parte della scrittura da verificarsi, il giudice potrà ordinare che il resto di essa serva di documento per la comparazione.

,, *Art.* 195. Se le scritture di confronto sono nelle mani de' pubblici depositarj, o di altre persone, il giudice commessario ordinerà che i detentori nel giorno e nell'ora da esso indicata portino tali scritture nel luogo, in cui dee farsi la verificazione, sotto pena di arresto personale pe' pubblici depositarj. Relativamente alle altre persone, dovranno tenersi le vie ordinarie nel caso di contravvenzione; salva sempre la facoltà di ordinare, se occorrerà, l'arresto contro di esse.

,, *Art.* 296. Se le scritture di confronto non possono esser trasportate, o i loro detentori son troppo distanti, è rimesso alla prudenza del tribunale l'ordinare in seguito della relazione del giudice commessario, e dopo aver udito il regio procuratore, che la verificazione sia fatta nel luogo ove dimorano i depositarj, o nel luogo il più vicino; o che in un termine fissato le scritture sieno spedite alla cancelleria, con que' mezzi e quelle cautele che il tribunale indicherà nella sentenza.

,, *Art.* 297. In questo ultimo caso, se il depositario è persona pubblica, egli farà prima di tutto una copia collazionata delle scritture: ed il presidente del tribunale situato nel di lui circondario verificherà sull'originale una tal copia, e ne stenderà processo verbale. Il depositario per supplire alla mancanza dell'originale, finchè venga restituito, surrogherà in luogo di quello la detta copia collazionata; e se occorre, potrà frattanto dar copia di essa, facendo menzione del processo verbale steso dal presidente.

,, La parte che domanderà la verificazione, dovrà rimborsare il depositario di tutte le spese, secondo la tassa del giudice che avrà steso il processo verbale; dopo il quale sarà rilasciato il mandato esecutivo.

,, *Art.* 298. La parte più diligente farà citare per mezzo di usciere i periti e i depositarj, a trovarsi sul luogo designato, nel giorno e nell'ora stabilita dal giudice commessario; i periti, ad effetto di prestar giuramento, e di procedere alla verificazione; i depositarj, ad oggetto di presentare gli scrit-

ti indubitati. Con atto di patrocinatore sarà citata l'altra parte a comparire; e di tutto verrà steso un processo verbale. Tanto di questo, quanto della sentenza, sarà data copia in estratto a' depositarj, per tutto quello che li riguarda.

„ Art. 299. Allorchè gli scritti indubitati verranno presentati da' depositarj, è rimessa alla prudenza del giudice commessario la facoltà di ordinare che i depositarj restino presenti alla verificazione, per custodire le scritture, e che le ritirino, e di nuovo le presentino a ciascuna sessione, o che ne facciano deposito nelle mani del cancelliere, il quale se ne renderà risponsabile per mezzo di processo verbale. In questo ultimo caso il depositario, qualora sia persona pubblica, potrà farne copia autentica, conforme è stato disposto nell' articolo 297. Ciò potrà effettuarsi, quantunque il luogo in cui vien fatta la verificazione, sia fuori del circondario, nel quale il depositario ha dritto di esercitar le funzioni del suo ministero.

„ Art. 300. Nel caso che sieno mancanti o insufficienti le scritture di confronto, il giudice commessario potrà ordinare che il reo, presente o citato l' attore, scriva quanto gli detteranno i periti.

» Art. 301. Prestato il giuramento da' periti, e fatta ad essi la comunicazione delle scritture, e dello scritto formato a dettatura, le parti dovranno ritirarsi, dopo aver fatto sul processo verbale del giudice commessario tutte quelle ricerche ed osservazioni che giudicheranno opportune.

» Art. 302. I periti procederanno unitamente alla verificazione in cancelleria, alla presenza del cancelliere, o del giudice, se questi ha così ordinato. E se non fosse possibile di terminare in un sol giorno l'operazione intrapresa, essi la rimetteranno ad un giorno e ad un' ora certa, indicata dal giudice o dal cancelliere.

» Art. 303. La relazione de' periti sarà congiunta all' originale del processo verbale steso dal giudice commessario; nè vi sarà bisogno che essi la confermino col giuramento. Le scritture saranno restituite a' depositarj che nel processo verbale ne daranno discarico al cancelliere.

» La tassa delle giornate e delle vacazioni de' periti sarà fatta nel processo verbale, e ne sarà rilasciato un mandato esecutivo contra colui che avrà richiesta la verificazione.

„ Art. 304. I tre periti dovranno stendere una sola relazione motivata, e profferire a pluralità di voti un solo giudizio.

» Qualora esistano differenti pareri, la relazione ne conterrà i motivi: e non sarà permesso di manifestare le particolari opinioni di ciascun perito.

» Art. 305. Potranno essere esaminati come testimonj coloro che avranno veduto scrivere o firmare la scrittura controversa, o che avranno notizia di fatti che possano influire nello scoprimento del vero.

» Art. 306. Procedendosi all' esame dei testimonj, le scritture impugnate o non riconosciute saranno presentate a' medesimi, e da essi cifrate in ogni pagina. Di questa cifra, o del loro rifiuto dovrà farsi menzione, e nel resto dovrà osservarsi quanto in seguito sarà stabilito per gli esami de' testimonj.

» Art. 307. Se è provato che il documento è scritto o firmato da colui che lo ha impugnato, esso sarà condannato ad una multa di ducati quaranta, ed alla rifazione di tutte le spese e di tutti i danni ed interessi a favore dell' altra parte.

» Art. 308. Quando si chiede semplicemente l'adempimento di ciò che si è convenuto con iscrittura privata, si dovrà procedere ne' termini ordinarj. »

§. 4. » Le scritture private le quali con-
» tengono convenzioni sinallagmatiche, deb-
» bono esser fatte in tanti originali, quante
» sono le parti che vi hanno un interesse
» distinto.

» Basta un solo originale per tutte le per-
» sone che vi abbiano un interesse medesimo.

» In ciascun originale dee farsi menzione
» del numero degli originali che si son fatti.

» Ciò non ostante la mancanza di tal men-
» zione non può essere opposta da colui che
» abbia eseguito per parte sua la convenzio-
» ne contenuta nell' atto.

„ Se la scrittura sinallagmatica abbia le
„ sottoscrizioni delle parti, ma manchi alcu-
„ no degli originali, o la menzione del nu-
„ mero di quelli che si son fatti, potrà va-

,, lere semplicemente come principio di pruova per iscritto. *Art.* 1279 *leg. civ.*

Delvincourt alle parole *convenzioni sinallagmatiche* contenute nel primo paragrafo di questo articolo stima doversi aggiungere *perfette*, e che, una procura, un biglietto di deposito, una ricognizione di comodato non han bisogno di doppio originale. Indi segue che se il contratto quantunque in principio sinallagmatico perfetto, cessò di esser tale, perchè una delle parti eseguì la convenzione, il doppio originale non è più necessario. Perciò in una vendita, se l'atto contiene la ricognizione del venditore di aver ricevuto il prezzo, basterà un solo originale che sarà depositato in mano del compratore. Qual bisogno infatti ha il venditore di un documento se nulla ha più da reclamare? Abbiamo è vero una decisione della corte di Parigi del 27 novembre 1811 il quale sembra aver deciso l'opposto; ma siccome esistevano nella causa circostanze bastanti a far presumere la frode, e che i motivi della prima sentenza del tutto fondati su tali circostanze furono ammessi dalla corte reale, questo arresto non può pregiudicare la quistione. D'altronde questo articolo decide formalmente che chi ha eseguita la convenzione non può domandare la nullità dell'atto. Ora il venditore che riceve il prezzo esegue la convenzione come l'acquirente che lo paga. Quindi son io ben lungi dall'adottare la decisione di Colmar del 6 marzo 1813 la quale stabilì che nel caso di cui parliamo l'atto era nullo anche come quietanza. *Delvincourt Corso di cod. civ. Tomo* 6 *nota* 462 *al tit.* 5.

Il medesimo giureconsulto sul paragrafo che riguarda la menzione degli originali da farsi in ciascuno degli originali discute la quistione » se non solamente non esite la menzione, ma l'atto non è stato fatto realmente in doppio originale, quegli che lo ha eseguito può domandarne la nullità? Opino che no. L'atto il quale non contiene la menzione, e l'atto non fatto in doppio originale, sono *unum et idem* agli occhi della legge; poichè tutto quello che non è provato si ha in dritto come se non esistesse; e la legge vuole che la prova di esser l'atto stato fatto in doppio originale risulti dall'atto medesimo. D'altronde l'adempimento della convenzione non forma, forse contro colui che l'ha compiuta una eccezione d'inammessibilità che dee allontanarlo dall'impugnarne la esistenza? Sia dunque che si alleghi non esser l'atto stato esteso in doppio originale, o che la menzione del doppio originale non vi sia inserita, io credo che colui il quale ha eseguito la convenzione non può ritrarne alcun vantaggio. Così fu giudicato in Torino il 12 messidoro anno 13 ed in cassazione il 15 febbraro 1814.

» *Quid*, se i due originali esistono, come per la menzione, ma con qualche differenza? Io son di avviso che l'atto in questo caso è nullo, se tuttavia le differenze sono essenziali, e non possono in alcun modo conciliarsi. Questa è pure l'opinione di Molineo sul §. 14 della *l.* 1. *D. de verb. obligat. n.* 37. Se no, l'atto sarà valido *in minori obligat.* Molineo ib. *Idem nota* 465.

Nel quarto paragrafo dell'articolo in esame si dice che la mancanza della menzione del numero degli originali non può opporsi da colui che l'abbia eseguito per parte sua. Or che significano queste parole *per parte sua?* Quando uno dei contraenti ha adempito le sue obbligazioni, l'altro non ha egli preso parte, non ha concorso alla esecuzione? Toullier che ne promove la discussione ci fa osservare. » Per esempio, quando il compratore ha pagato tutto o parte del prezzo del suo contratto il venditore ha concorso alla esecuzione nel riceverlo, l'ha egli approvato col darne la quietanza. Tuttavia egli non ha eseguita la convenzione per parte sua, se ancora non ha consegnata la cosa. Ma come ha volontariamente concorso alla esecuzione del contratto per parte del compratore; così questo concorso è per parte sua un'approvazione o ratifica tacita del contratto: è desso ancora un principio di esecuzione. Non può dunque più opporre che la scrittura di vendita non si è fatto in doppio originale, ancorchè offrisse di restituire ciò che ha ricevuto.

» Ma vi sono dei casi ne' quali uno dei contraenti può eseguire il contratto senza il concorso dell'altro. Il compromesso può offrircene un esempio. Primo, e secondo com-

promettono, e nominano un arbitro; ma l' atto non è fatto in doppio originale, e resta nelle mani di Primo. Secondo si presenta innanzi l'arbitro, gli consegna le sue carte e la sua memoria, delle quali ritira una ricevuta. Egli ha eseguito il compromesso per parte sua: ma Primo non essendo concorso a questa esecuzione potrà opporre a Secondo la irregolarità del compromesso.

» Vi sono altri casi in cui uno dei contraenti non concorre alla esecuzione del contratto per parte dell' altro. Ciò può accadere anche nel caso di una vendita: per es. se vi ho venduto il fondo Corneliano per 10 m. fr. col peso di pagarne 3 m. a Cajo. Il pagamento di questa somma a Cajo diviene per parte vostra un fatto di esecuzione a cui io non concorro.

» Si è chiesto se la disposizione del medesimo articolo sulla necessità de' doppj originali è applicabile negli affari di commercio. Secondo l'articolo 109 del cod. di commercio (108) essa non si applica alle compre e vendite che possono essere comprovate con semplici lettere o colla corrispondenza. Pardessus *Corso di dritto commerciale tomo 1 pag.* 245 con ragione insegna che la formalità dei doppj originali nelle scritture private non si richiede nel dritto commerciale, se non quando viene ordinato da una legge speciale. Ciò sembra in fatti risultare dall' art. 39 (32 e 47) del cod. di com. portante che » la società in nome collettivo o in commandita debbono essere provate per mezzo di atti pubblici o con firme private, conformandosi in quest' ultimo caso all' artic. 1325 (1279) del cod. civ.

» Se il legislatore ha creduto necessario di fare alle società l'applicazione speciale di questo articolo, se ne dee ragionevolmente dedurre, che non è esso applicabile negli altri casi alle materie commerciali. Di questo sentimento è stata la corte di Treves in un arresto de' 30 maggio 1810 con cui decise » che non è necessario che le scritture private, contenenti convenzioni sinallagmatiche in affari commerciali, sieno fatte in tanti originali quante sono le parti, che vi abbiano un interesse distinto. *Toullier. Corso di dritto civ. Tomo* 8 n. 341 e 342.

Nella corte di Amiens si professò la massima, che la mancanza di sottoscrizione di una delle parti può rendere nullo ciò che riguarda solamente la di lei porzione, quando le altre parti non volessero profittare di tale nullità; altrimenti la nullità colpisce l' atto per intero. Decisione de' 24 pratile an. 13.

Fatto. Alessandro, Santo Vestu, e la loro sorella, moglie di Blampin de la Solle venderono solidalmente con gli altri comproprietarj, nel dì 1 ventoso anno 12 una casa indivisa tra loro, ai conjugi Blanchard i quali si obbligarono solidalmente di adempiere i pesi e le condizioni della vendita. Blampin de la Solle e Blanchard avevano sottoscritto l'atto, ma non l' avevano sottoscritto le loro mogli.

» Su questa vendita si elevò una contestazione: la moglie Blampin de la Solle non solo aderì al contratto, ma ne chiese espressamente la esecuzione prima della domanda per nullità che Alessandro Vestu suo fratello proponeva sul motivo che ella non aveva sottoscritto.

» La moglie Blanchard era morta senz'aver sottoscritto; ma Blampin de la Solle, sua moglie, e le altre parti, eccettuati Alessandro e Santo Vestu, avevano dichiarato di contentarsi della sola obbligazione di Blanchard compratore, ed avevano conchiuso formalmente per la esecuzione dell' atto di vendita.

» La corte di Amiens considerando che un contratto sinallagmatico non ottiene la sua perfezione se non colla sottoscrizione di tutte le parti contraenti; che fino a questo punto non esistendo il vincolo reciproco, le parti che hanno sottoscritto sono autorizzate a ritrattarsi, ed a considerare il contratto come non fatto; che ciò non ostante la mancanza di sottoscrizione di una delle parti contraenti può essere supplita con un' adesione posteriore, e col consenso di colui che non ha sottoscritto alla esecuzione dell' atto a suo riguardo prima della domanda per nullità.

» Considerando che l'atto di vendita in questione non è stato sottoscritto dalla signora Vestu moglie di Blampin de la Solle, una delle parti venditrici, nè dalla moglie Blanchard compratrice, sebbene nominate nella scrittura come contraenti, o che dovevano

contrarre; cioè la moglie Blampin, proprietaria di una porzione della casa, l'obbligazione solidale coi suoi conveuditori. . . . di darne il godimento ai compratori, e la moglie Blanchard l'obbligazione solidale con suo marito di adempiere le clausole e le condizioni della vendita.

» Considerando nondimeno che la moglie Blampin ha aderito all' atto di vendita, e ne ha espressamente richiesta la esecuzione pria della domanda per nullità proposta da Alessandro Vestu, e fondata sul motivo che essa non aveva sottoscritto, in conseguenza di che il vincolo legale si è utilmente supplito a suo riguardo: ma che non è così riguardo alla moglie Blanchard, la di cui morte ha lasciato la scrittura imperfetta per mancanza della sua sottoscrizione.

» Considerando che la mancanza di sottoscrizione della moglie Blanchard è un vizio radicale che dovrebbe produrre la nullità assoluta dell' atto di vendita di cui si tratta, ma che Blampin de la Solle, sua moglie, e le altre parti, facendo uso del dritto che avevano di rinunziare a questa nullità, e di contentarsi della sola obbligazione di Blanchard compratore, ha formalmente conchiuso per la esecuzione dell' atto.

» Annulla l'appello in principale, senz'aver riguardo all'atto di vendita del 1 ventoso anno 12 che é dichiarato nullo e di niun effetto: relativamente soltanto ad Alessandro, e Santo Vestu ordina che sarà proceduto, su di un semplice affisso, e pubblicazione per la licitazione della casa di cui si tratta innanzi ec. ec. ec.

La corte imperiale di Bruxelles con decisione de' 22 aprile 1812 stabilì poi la giurisprudenza, che fatto un contratto sinallagmatico con privata scrittura, una parte non può dimandarne la nullità dopo averlo eseguito, ancorchè non sia fatto in doppio originale.

» *Fatto.* Nel 4 termidoro anno 12 fu fatta una scrittura privata, che conteneva delle convenzioni sinallagmatiche. Quest'atto non avea la menzione espressa di essersi fatti tanti originali, per quante erano le parti, che vi aveano un'interesse distinto. È anche presumibile, che non fosse stato fatto in doppio originale. Nulladimeno le parti contraenti, i signori Vanlerberghe, e Vermeulen l' eseguirono in parte, con atto del 20 settembre 1804.

» In seguito fu costretto Vermeulen all'esecuzione piena, ed intera del contratto. - Ma allora Vermeulen dimandò la nullità delle convenzioni del 4 termidoro anno 12, per contravvenzione dell' art. 1325 del codice civile, inquantochè l'atto non era stato fatto in doppio originale - Vanlerberghe oppose l'esecuzione del 20 settembre, e l'art 1338 codice civile.

» Vermeulen replicò, che non solamente l'atto del 4 termidoro an. 12 non contenea la menzione espressa del numero degli originali, ma anche, che quest' atto non era stato fatto in doppio originale; egli era di accordo, che a norma dell' articolo 1325, l'esecuzione volontaria copre il difetto di menzione del numero degli originali, ma negava, che questa esecuzione copre la nullità risultante da ciò, che l'atto non è stato fatto in doppio originale. In generale, dicea Vermeulen, l'esecuzione volontaria altro non è, che una conferma, o ratifica tacita (codice civile 1338) - Quindi essa non può avere effetto, che relativamente alle cose suscettibili di conferma, o di ratifica.

» Ciò posto, continuava il reo convenuto, resta a sapersi quali cose sono suscettibili di ratifica.

» A questo riguardo, è regola certa, che non si può confermare, o ratificare ciò, che non esiste affatto, ciò ch'è nullo radicalmente, o di una nullità assoluta. Questo è quello, che insegna Dumoulin ne' suoi commentarj sulla consuetudine di Parigi, tit. 1., 5, 8, glos. 4. n. 88. - Ora evvi nullità assoluta tutte le volte, che pronunziando la nullità, la legge non dice, che la nullità sarà semplicemente relativa. - Quindi per regola generale, gli atti, che la legge dichiara nulli in termini generali, ed assoluti, non sono suscettibili di ratifica, o di conferma. - Ma soggiungea Vermeulen, l'articolo 1325 codice civile annulla indistintamente le convenzioni sinallagmatiche, le quali non sono fatte in doppio originale. Quindi la nullità non è unicamente relativa, non è suscettibile di ratifica, e non può coprirsi coll' esecuzione volontaria.

» In verità l'art. 1325 dà effetto all'esecuzione volontaria, quantunque sia quistione di atti non fatti in doppio originale; ma l'articolo dice soltanto. » Ciò non ostante la mancanza della menzione, che gli originali sono stati fatti in doppio, in triplo ec. non può essere opposta da colui, che abbia eseguita per parte sua la convenzione contenuta nell'atto. » - Ma l'art. 1325 contiene una eccezione a' principj generali della conferma, o ratifica; questa eccezione non può essere estesa al di là della sua specie precisa - Ora l'art. 1325 non attribuisce all'esecuzione altro risultato, che quello di coprire la nullità nascente dalla mancanza di menzione del numero degli originali; non parla del caso, in cui gli originali non sono stati fatti realmente in doppio; quindi esso non è applicabile, e l'atto del 4, termidoro anno 12 non dee meno essere annullato, quantunque abbia ricevuto la sua esecuzione.

» Nel 7 gennajo 1807 il tribunal civile di Bruges profferì sentenza interlocutoria, colla quale ordinò a Vanlerberghe di provare, che l'atto del 4 termidoro anno 12 era stato realmente fatto in doppio originale. Non avendo potuto Vanlerberghe far la prova indossatagli, le convenzioni del 4 termidoro anno 12 furono annullate da una sentenza definitiva; - attesa la mancanza del doppio originale. Sull'appello, l'atto del 4 termidoro è stato sostenuto, - attesa l'esecuzione del 20 settembre.

» Decisione - La corte - Attesochè se coll' art. 1325 del codice civile il legislatore ha voluto, che le scritture private, che contengono convenzioni sinallagmatiche, per esser valide, fossero fatte in tanti originali, per quante sono le parti, che vi hanno un'interesse distinto, è cosa evidente, che il suo scopo è stato di stabilire tra le parti contraenti un legame reciproco, e d'impedire, che una di esse sia esclusivamente padrona della sorte di un simile atto;

» Attesochè la menzione espressa, che l' atto si è fatto in tanti originali, quante sono le parti, che vi hanno un'interesse distinto, non è stata ordinata, che per la prova di questo fatto, e che la mancanza non potrebbe opporsi dalla parte, che avesse confessato l'esistenza de' detti doppj, tripli originali ec, essendo evidente, che ciò ch'è riconosciuto non dee provarsi;

» Attesochè, se a norma dell' ultima disposizione del detto articolo, colui, che ha eseguita per parte sua la convenzione contenuta nell'atto, non può opporre più la mancanza della detta menzione espressa, o ciò, che ritorna allo stesso, se non può più opporre la mancanza della prova richiesta dalla legge, ne risulta, che il fatto di essersi l' atto formato, secondo il voto della legge, dee esser tenuto per provato;

» Attesochè la ratifica, o l' approvazione di un'atto risulta tanto dall'esecuzione in parte, che dall'esecuzione intera; d'onde segue, che nell' uno, e nell' altro caso, colui, che l' esegue è riputato di convenire, che l' atto è stato formato nel modo dalla legge richiesto, e che in conseguenza egli non è più ricettibile ad opporre un motivo d'inammisibilità per questo caso;

» Attesochè, colla ricevuta del 20 settembre 1804 la parte appellata ha riconosciuto d'aver ricevuto la somma di 1441 franchi a conto della convenzione del 4 termidoro anno 12 di cui trattasi: - Per siffatte considerazioni la corte annulla la sentenza, di cui è appello; emendando senza arrestarsi alle conclusioni della parte appellata per la nullità dell'atto del 4 termidoro anno 12, ordina ec.

Nella corte di appello di Torino si esaminò il caso se un compromesso per privata scrittura sia nullo quando non contenga la menzione che è stato fatto in duplo? nell' affermativa la comparsa delle parti innanzi agli arbitri eletti dal compromesso copre questa nullità? è sostenuta l'affermativa con decisione de' 12 messidoro anno 13.

» *Fatto*. Roggieri, e Barberis, mediante compromesso dell'8 fiorile, anno 12, nominano due arbitri per la decisione di alcune differenze relative ad una locazione sottoscritta tra loro.

» Il compromesso è fatto in un solo originale.

» Le parti compariscono innanzi ai loro arbitri, in molte sezioni.

» Sentenza degli arbitri del 25 pratile, anno 12, la quale condanna Barberis ad ese-

cuare un podere ed una casa, e gli aggiudica la somma di 3995 fr. a titolo d'indennità.

» Barberis cede i beni, ma continua ad occupare la casa.

» Roggieri, senza avere riguardo al compromesso ed alla sentenza degli arbitri, procede contro di Barberis avanti il tribunale civile d'Ivrea.

» Barberis riclama l'esecuzione della sentenza del 25 pratile.

» Il suo avversario sostiene che la stessa è nulla, come intervenuta sopra di un compromesso fatto in un solo originale.

» Se gli oppone l'esecuzione che diede al compromesso, presentandosi innanzi agli arbitri.

» Il tribunale d'Ivrea, visto l'art. 1325 del codice civile, dichiarò che il compromesso, come contenente una convenzione sinallagmatica, doveva esser fatto in originale in duplo.

» Che l'esecuzione data da una delle parti non poteva supplire che alla mancanza di menzione, non alla mancanza reale dell'originale in duplo;

» In conseguenza, mediante sentenza del 22 ventoso, anno 13, ha pronunziata la nullità, tanto del compromesso, che della sentenza degli arbitri.

» Appellazione dalla parte di Barberis:

» Il signor Mina, diceva, a nome dell'appellante, che le parti si erano conformate alla 1 disposizione dell'art. 1325, il quale vuole che gli atti per privata scrittura, contenenti convenzioni reciproche, sieno fatti in altrettanti originali, quanti sono gl'individui aventi un interesse differente. Consta in fatti che il convenuto, si è munito di un duplicato, collazionato debitamente; laonde non ha alcun plausibile motivo per impugnare il compromesso.

» Il convenuto oppone, che a termini del n. 3 dello stesso articolo, ciascun originale deve contenere la menzione del numero degli originali che sono stati fatti; e che nel caso non esiste questa menzione.

» Ma, da una parte, quest'articolo non pronunzia la nullità dell'atto in caso di contravenzione. Dall'altra parte, la disposizione consacrata dal n. 3, non è che imperativa, e non proibitiva. Per conseguenza, giusta la distinzione stabilita dalla legge 5, *cod. de testibus*, e generalmente adottata da tutti gli autori, questa pena non si può supplire.

» Del rimanente supponiamo che fosse esistita la nullità: essa sarebbe stata sicuramente coperta dalla comparsa volontaria del convenuto avanti agli arbitri. Ogni volta che si esegue un atto irregolare, si diviene non ammissibile ad impugnarlo. Il consentimento, l'approvazione, la ratifica, o il riconoscimento di una parte, cancellano il vizio che essa avrebbe potuto imputare all'atto.

» Il procedimento innanzi agli arbitri deve regolarsi a termini delle stesse massime, che quello promosso avanti ai tribunali. Ora ciascuno sa che dopo aver difeso nel merito, senza fare alcuna protesta nè riserva; dopo aver subita condanna, male a proposito si argomenterebbe da una irregolarità commessa nella intimazione introduttiva d'istanza. Nel caso vi è la stessa ragione di decidere. Il convenuto è comparso innanzi ai giudici che aveva scelti; ebbe luogo la sentenza: è vano e ridicolo ogni riclamo contro il compromesso.

» Il convenuto rispondeva che il compromesso, rispetto a cui Barberis opponeva l'eccezione, non è stato giammai redatto in doppio originale: che quest'atto conteneva una convenzione sinallagmatica, laonde che a' termini della prima disposizione dell'art. 1325, non era punto valido.

» Che lo scritto fosse anche in duplo se non fa menzione espressa di questo punto, non può sortire il suo effetto.

» L'appellante oppone che la legge non ha pronunziata la pena di nullità in caso di contravvenzione. Se per questo motivo pretende dispensarsi dal sottomettervisi: se crede di avere la libertà di violarla impunemente, bisogna cancellarla dal codice. Fino a tal punto deve essere osservata.

» Il compromesso essendo nullo, non ha potuto essere eseguito. Gli arbitri nominati trovandosi senza potere, e per conseguenza essendo intieramente viziosa la loro operazione; non si sarebbe fondato dippiù ad argomentare dalla presenza delle parti innanzi ad essi, che se i due litiganti subordinassero una

contestazione civile ad una corte di giustizia criminale. La volontaria loro comparsa non renderebbe valida la pronunziata sentenza, e niun motivo d'inammissibilità sarebbe opposto a quello tra loro il quale volesse prevalersi della nullità del procedimento e della decisione. Non si contrae alcun obbligo litigando avanti ad uomini senza autorità.

» L'esecuzione di cui parla l'ultimo paragrafo dell'articolo, debb'essere regolare, efficace, e capace in una parola di trascinare i contraenti. Nel caso, l'atto che si produce come un'esecuzione, è radicalmente vizioso.

» La corte.

» Sentito il signor Castagneri S. P. G.

» Visto l'art. 1325 del codice civile.

» Considerando in generale che il compromesso si presenta sotto l'aspetto di una vera convenzione sinallagmatica, in virtù della quale le parti si obbligano reciprocamente di acconsentire a ciò che verrà deciso dalla persona scelta per arbitro.

» Che l'obbligazione che le medesime contraggono con ciò, è talmente efficace, che dopo l'omologazione della sentenza, la quale è in diritto di domandare la parte più diligente, la detta sentenza acquista tutta la forza della cosa giudicata, come se fosse stata pronunziata dal tribunale ordinario;

» Che la reciprocità dell'obbligazione si manifesta tanto più nella facoltà che hanno i compromittenti di rinunziare come nel caso, l'uno in favore dell'altro, col beneficio della legge, a riguardo dell'appellazione e del ricorso in cassazione;

» Che se al compromesso considerato nei suoi rapporti tra i compromittenti e gli arbitri eletti, non si potessero applicare i termini di obbligazione sinallagmatica, poiche l'arbitro rimane sempre padrone di pronunziare o no la sua sentenza, non è men vero, che lo stesso atto considerato nei suoi rapporti tra le parti che lo stipularono, contiene una vera convenzione bilaterale; ciò che basta per assoggettarlo alla disposizione della legge succitata;

» Che quantunque a termini delle leggi attualmente in vigore, il compromesso possa essere rivocato prima della sentenza, a richiesta di una delle parti; non ostante, se esse non si sono prevalse di questa facoltà, i principj premessi di sopra non sono meno applicabili, finchè sussiste il compromesso; essendo fuori di ogni dubbio, che le obbligazioni bilaterali non cessano di essere tali, quantunque la loro durata sia totalmente dipendente dalla volontà rispettiva delle parti contraenti.

» Considerando dall'altra parte, che a' termini del suddetto articolo, la mancanza di menzione che gli originali sono stati fatti in duplo, in triplo, ec., non può essere opposta da quello il quale dalla sua parte ha eseguita la convenzione portata nell'atto;

» Che questa disposizione la quale forma parte dello stesso articolo, deve necessariamente riferirsi al caso egualmente che il compromesso, non sia stato fatto in tanti originali quante sono le parti, le quali vi hanno un interesse distinto;

» 1. Perciocchè la massima generale, che l'esecuzione volontaria importa la rinunzia ai mezzi ed alle eccezioni che si potrebbero opporre all'atto portante l'obbligazione, è stata consacrata dal codice civile all'art. 1328.

» 2. Perciocchè la mala fede di quello che vorrebbe ritornare contro il suo proprio fatto, e che ha voluto reprimere la legge, ha egualmente luogo nei due casi di mancanza di menzione e di mancanza del numero necessario degli originali.

» 3. Perciocchè è evidente che l'oggetto principale dell'art. 1325 essendo stato quello di assicurare, nelle convenzioni sinallagmatiche mediante atto per privata scrittura, la formazione di altrettanti originali, quante sono le parti che hanno interesse distinto, la menzione che detti originali sono stati fatti in duplo, in triplo, ec., non è stata domandata che come la sola valida prova per comprovare che esistono realmente nel numero voluto dalla legge.

„ Quanto alla seconda quistione, considerando che dal tenore medesimo della sentenza degli arbitri, risulta che le parti si sono presentate avanti agli arbitri;

„ Che questa circostanza egualmente che quella di avere distribuiti i documenti agli arbitri, non è stata negata da Roggieri, quantunque nella sua risposta egli abbia detto che

non era concludente una tale circostanza anche ammessa;

,, Che per conseguenza rimane comprovato sufficientemente, che Roggieri ha eseguito il compromesso; laonde che si rende superflua la prova più ampia che Barberis volesse fornire col mezzo dell' articolo relativo a quest' oggetto.

,, Che in vista dell' esecuzione da esso data al compromesso, cessando il solo motivo di nullità opposto da Roggieri alla sentenza degli arbitri, diviene del pari inutile ogni mezzo ulteriore di cui volesse prevalersi Barberis, ad oggetto di dimostrare che Roggieri ha aderito a detta sentenza.

,, Senza fermarsi nè all' articolo, nè agli interrogatorj dedotti da Barberis, dice essere stato giudicato male dalla sentenza di cui vi è appellazione. Emendando, dichiara non essere di ostacolo all' esecuzione della sentenza degli arbitri di cui si tratta, l' eccezione di nullità opposta da Roggieri.

Finalmente fu questione presso la suprema corte di giustizia se nei contratti sinallagmatici quelli, che hanno un medesimo, ed unico interesse come il debitore e 'l suo fidejussore, ovvero il marito e la moglie, debbono ricevere altrettante copie in doppio originale per quante sono le persone, oppure basti una sola copia per tutti. Questa ultima ipotesi venne accolta in massima con decisione de' 27 agosto 1822.

» *Fatto.* Il fu D. Leonardo Lovero nel dì 18 novembre 1816 ottenne dal tribunale di commercio sentenza di condanna contro D. Pasquale Tufarelli per la somma di ducati 7732. 32 oltre degli interessi, e delle spese, ed in soddisfazione della stessa fece il precetto preventivo contro del debitore.

» Temendo il signor Tufarelli dell' arresto, che se gli minacciava, cercò di ottenere dal creditore una dilazione promettendogli l' obbligo solidale di D. Angela Acampora sua moglie, ed essendo il signor Lovero condisceso ad accordare una dilazione di sei mesi dalla data della sentenza o sia per li 17 maggio 1817 si formò nel dì 19 di dicembre dell' anno stesso scrittura in doppio originale, ed in essa la signora Acampora si obbligò solidalmente col marito per lo pagamento dell' espressata somma, e dopo l' obbligo speciale di alcuni beni del marito stesso, seguì quello de' beni della moglie ne' seguenti termini.

»» Ed io D. Angela stando all' espresso consenso, ed intervento di detto D. Pasquale Tufarelli mio marito, e sul riflesso di esentare il medesimo dall' imminente pericolo di vederlo racchiuso in carcere, obbligo, ed ipoteco in specie li ducati 7000 tra dotali, ed estradotali, che con capitoli matrimoniali de' 21 febbrajo 1811 mi furono assegnati da mio padre D. Francesco Acampora con pubblico atto rogato dal regio notajo D. Ignazio di Marino di Napoli, non che lo spillatico annuale costituitomi con detto atto da mio suocero D. Fabrizio Tufarelli, ed in generale ipoteco qualunque altro dritto, e ragione a me spettante, sempre però per la concorrente quantità, e per la somma del surriferito debito, promettendo nel tempo stesso di proccurare nel più breve termine possibile l' assenso legale del magistrato per la maggior validità del presente atto, avendo a tal effetto costituito di già mio speciale procuratore il signor avvocato D. Raffaele Fiorillo, acciò facendo le mie veci di procuratore possa sollecitamente ottenersi l' assenso sudetto. »»

» Di questa scrittura se ne formarono due originali, uno de' quali restò in potere dei conjugi Tufarelli, ed Acampora e l' altro di Lovero.

» Nello stesso giorno la signora Acampora, autorizzata da suo marito formò la procura di sopra ennunciata, ma non si ravvisa ne di essersi ottenuta l' autorizzazione del magistrato, ne ciò che praticato si fosse dal procuratore Fiorillo per ottenerla.

» Scadde l' accordata dilazione, ed i conjugi non estinsero il debito, e scorse pure dell' altro tempo; mentre non prima de' 18 giugno 1818 il signor Lovero usando della sentenza del tribunale di commercio, e del doppio originale suddetto sequestrò nelle mani de' signori D. Gennaro Canonico, D. Gio: Battista, e D. Francesco Antonio de Ruggiero, D. Fabrizio Tufarelli, e D. Francesco Acampora tutte le quantità per qualunque causa debite, e debende, mobili, da-

naro, ed ogni altro oggetto qualunque a'coniugi D. Pasquale Tufarelli, e D. Angela Acampora, e nel dì 23 dello stesso mese venne un tal sequestro denunziato alla signora Acampora.

» La medesima nel dì 30 del mese stesso chiese la comunicazione della suddetta sentenza che non mai aveva conosciuta e la comunicazione di detto foglio in doppio originale al che si adempì per parte del Lovero.

» Indi la stessa signora Acampora si oppose al sequestro suddetto con sei mezzi trascritti nelle narrative della decisione in esame, come lo sono del pari le risposte del signor Lovero; ed è da osservarsi, che tra' motivi della opposizione vi fu quello della nullità dell' atto, sia perchè riguardandosi per unilaterale, come la signora Acampora sosteneva di doversi riputare, non era in corrispondenza dell' art. 1326 dell' abolito codice civile allora in vigore, sia perchè riguardandosi, come bilaterale non erasi redatto in tre originali, giusta il prescritto dall' art. 1325 del codice stesso.

» Il tribunale civile di Napoli con sentenza de' 30 settembre 1818 rigettò le opposizioni di Acampora, e diede delle altre provvidenze relativamente a' terzi, presso de'quali erasi fatto il già detto sequestro.

» Questa sentenza fu appellata da tutte le parti. Il signor Lovero ne appellò relativamente alle provvidenze sul sequestro. Ne appellarono i sequestranti. Ed in fine ne appellò pure la stessa Acampora, ed i motivi del di lei appello furono quelli dedotti nelle opposizioni di sopra enunciate; aggiugnendo soltanto, che quando anche in ipotesi non reggessero l'eccezioni suddette, il di lei obbligo nella specie era nullo per legge, poichè la donna per la debolezza del sesso, non può validamente obbligarsi, ed ove la sua obbligazione reggesse, non potrebbe essere, che una semplice malleveria; ed è a notarsi che il patrocinatore di Acampora co' motivi del gravame diede comunicazione all'amichevole à quello di Lovero delle intere produzioni della divisione de' beni già pronunziata tra essi Acampora, e Tufarelli.

» In questo stato di cose portatosi l' affare alla cognizione della gran corte civile di Napoli, la stessa, sebbene si avesse proposto in tre quistioni l' esame, e della dedotta invalidità della scrittura, e di tutte le eccezioni relative al merito, nondimeno si arrestò all' invalidità dell' atto non fatto in triplo, come esser dovea, e riguardò assorbite dalla invalidità della scrittura, tutte le altre, non avendo però omesso di enunciarle, ed adombrarle allorchè si occupò dello sviluppo della terza delle proposte quistioni.

» Quindi nel dì 14 giugno 1819 pronunziò la seguente decisione.

»»La gran corte civile pronunziando definitivamente sugli appelli principale, e parziale prodotti . . . rivoca la indicata sentenza, ed assolve, e discarica la signora Acampora da tutte le pretese del signor Lovero. In conseguenza dichiara nullo, e come non avvenuto il sequestro fatto presso terzi a danno della suddetta signora Acampora, e ne ordina la rimozione.»»

» Nè dee omettersi, che la invalidità dell' atto in esame fu tratta dalla combinazione del §. 1 del dinotato art. 1325 in cui si dichiara invalido l'atto, allorchè non è formato in tanti originali, quante sono le parti, che hanno un' interesse distinto, cogli articoli 1431 e 2032 del codice istesso, il primo de' quali prescrive, che la moglie, la quale si obbliga solidalmente col marito per gli affari della comunione, o del marito, non rimane, riguardo al marito obbligata, che come cauzione, e dee essere indennizzata dell' obbligazione contratta; ed il secondo traccia i diversi casi, ne'quali li fidejussori possono assicurare i loro interessi contro del debitore principale, anche prima di essere obbligati a pagare ciò che hanno promesso; beneficio di cui nella specie la signora Acampora, riputata riguardo al marito, come di lui cauzione, non avea potuto usare per la mancanza del suo proprio originale, che aver dovea presso di se come avente un'interesse distinto, ed usarne, ai termini del mentovato artic. 2032.

» Di questa decisione vi è ricorso per annullamento prodotto da Lovero, ed i mezzi sono due.

» 1. Il primo di essi riguarda l' offesa doppiamente recata all' art. 1325 violato, cioè

nella parte in cui si prescrive di bastare un solo originale per tutte le persone che hanno uno stesso interesse; e falsamante applicato in quella parte, in cui si dichiarano non valide le scritture sinallagmatiche non redatte in tanti originali, quante sono le persone che vi hanno un' interesse distinto, perciocchè uno era l' interesse di essi conjugi riguardo ad esso Lovero, nè ciascuno de' conjugi avea nel contratto un' interesse distinto, e separato.

» 2. Nel secondo mezzo si sostiene, di essersi violato l' artic. 480 n. 3 dell' abolito codice di procedura; dacchè la signora Acampora avea opposta la separazione de' beni eseguita col di lei marito soltanto per dimostrare la efficacia del consenso prestato da suo marito nell' assunta obbligazione, e non già per trarne la nullità del sequestro sulli frutti dotali, che erano del marito; e da ciò se ne trae, che siasi offeso il mentovato articolo annullandosi il sequestro de' frutti dotali per una causa non dedotta.

» L' avvocato finalmente di Acampora non ha tralasciato con atto de' 7 gennajo 1820 proporre le sue difese contro il contenuto ne' suddetti mezzi.

» Udito il rapporto: ed inteso il pubblico ministero che ha conchiuso per l' annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero.

» Vista la decisione: Visto il ricorso: e veduti gli articoli 1325 1431 e 2032 dell'abolito cod. civile.

» Ha considerato di essersi mal avvisata la gran corte civile nel ravvisare nella specie distinto l' interesse di D. Angela Acampora riguardo al signor Lovero; e quindi nulla l' obbligazione perchè non redatta in triplo, perciocchè il contratto non offriva, che da una parte l' obbligazione solidale de' conjugi Tufarelli, ed Acampora, e dall' altra del creditore Lovero, il quale accettandola, prometteva la desiderata dilazione per ricevere il pagamento del solido all' epoca, in cui la promessa scadeva da' correi del dovere, i quali non rappresentavano, riguardo ad esso Lovero, che una sola persona debitrice della totalità, e da poterla conseguire da ciascuno de' coobbligati Tufarelli, ed Acampora.

» Che sebbene l' obbligazione della donna col marito per gli affari della comunione, o del marito per l' art. 1431 a differenza di ciò, che la legge prescrive per gli obbligati solidalmente fra esso loro, si risolve in pura coazione riguardo al di lei marito, questo beneſizio non è relativo al creditore, in faccia al quale l' obbligazione solidale non riceve alterazione alcuna, ma è diretto ad assicurare la moglie sugli effetti del marito.

» Che il dritto che ha la moglie (riguardata per la obbligazione contratta solidalmente col marito, come di lui cauzione per effetto del mentovato art., d' onde ridonda il potersi assicurare anche prima del pagamento) per l' art. 2032 non è che un beneficio, che la legge accorda a tutt' i fidejussori, ed è relativo all' interesse del fidejussore, e la persona, che ha cauzionata.

» Che questo interesse particolare de' condebitori tra loro non è quell' interesse distinto, che per la qualità del contratto venga ad acquistare ciascuno de' contraenti per l' esercizio de' suoi dritti, da sperimentare direttamente in faccia degli altri contraenti per effetto del contratto medesimo e che far non potrebbe nella inesistenza in lui di un doppio originale.

» Che perciò saggiamente la legge ha adoperato il vocabolo d' interesse distinto, ed a questo ha attaccato la nullità dell' atto, ove ciascuno non abbia il suo particolar foglio, e non già il vocabolo d' interesse particolare, il che avrebbe prodotta la necessità di tanti originali quante fossero le parti, che intervenissero nell' atto, tutto che più tra contraenti relativamente all' altro non formassero, che una sola persona, come per lo appunto sono i correi del dovere; idea che rimane non solamente esclusa dalla sola espressione d' interesse distinto, e non già particolare, ma rassodata dalla espressa dichiarazione, che la legge stessa fa, di bastare cioè un originale solo per quelli, che hanno uno stesso interesse, e ciò non ostante che dalla stessa legge derivano i dritti, che coloro i quali figurano nell' atto per una sola persona, possono fra esso loro sperimentare.

» In conseguenza, e senza entrare nell'esame di tutte le altre eccezioni proposte dalla signora Acampora; che la gran corte non ha discusse, e che restano intatte, la decisione in esame dee essere annullata per l'offesa doppiamente recata al mentovato articolo 1325.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione, e rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile in altra camera; ed ordina di restituirsi il deposito al ricorrente.

§. 5. » Il biglietto o la promessa per mez-
» zo di scrittura privata, colla quale una
» sola parte si obbliga verso dell'altra a pa-
» garle una somma di denaro, o a darle al-
» tra cosa valutabile, debbe essere scritta
» per intero di mano di colui che la sotto-
» scrive; e per lo meno è necessario, che
» oltre la sua firma, abbia scritto di pro-
» pria mano un *bono*, ovvero un *approvato*
» indicante in lettere per esteso la somma
» o la quantità della cosa; altrimenti essen-
» doci la sola sottoscrizione, varrà come
» principio di pruova per iscritto.

» È eccettuato il caso in cui l' atto si
» faccia da mercatanti, artigiani, coltivatori
» di campagna, vignajuoli, giornalieri, e
» persone di servizio. *Art.* 1280 *leg. civ.*

Su la parola *mercatanti* dell' ultimo paragrafo di questo articolo osserviamo con Delvincourt intendersi specialmente quelli che vendono a minuto. I mercatanti che vendono all' ingrosso chiamansi piuttosto *negozianti*; nondimeno dietro l' uso del commercio, la semplice firma basta riguardo a tutti i commercianti.

» *Quid*, se trattasi di un atto di commercio, ma non sia mercatante il soscrittore? L' atto è stato giudicato valido da un arresto della cassazione del 25 gennaro 1814, e nullo da un altro arresto della stessa corte del 6 maggio 1816. Io credo quest' ultima decisione più consentanea ai principj. Salta agli occhi che la qualità della persona anzicchè la natura dell' atto dee determinare la decisione. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 6 *nota* 460 *al tit.* 5.

In riguardo poi agli atti ai quali si applica la disposizione di questo articolo, essi non sono, al dir di Toullier, se non i biglietti, o le promesse per mezzo delle scritture private colle quali una sola parte si obbliga verso l' altra a *pagarle una somma di denaro o a darle altra cosa valutabile* come derrate o mercanzie. Non si può dunque applicare questa disposizione che agli atti unilaterali, e non agli atti sinallagmatici od obbligatorj dall' una e dall' altra parte.

» Non vi è dubbio che la indicata disposizione è applicabile ad un atto di deposito, il quale è un atto unilaterale come l'atto di prestito. Si è dunque sempre giudicato tanto sotto l' antica quanto sotto la nuova legislazione che le disposizioni dell' articolo 1326 (1280) sono applicabili agli atti di deposito.

» Ma si è domandato se i contratti di costituzione di rendita sia perpetua, sia vitalizia fatti con scrittura privata sono soggetti alla formalità dell' approvazione della somma in lettere per esteso, richiesta pei biglietti, e per le promesse nell' articolo in esame.

» Non appare che siasi tale questione elevata sotto l' antica legislazione . . . . Si presentò nel tribunale di Parigi a 16 ventoso anno 9 su di un contratto di rendita vitalizia sottoscritto, non scritto dalla signora della Vieuxville-Baude, nata Butler. Ella si obbligava di pagare ad Arrighy una rendita vitalizia di 4 m. fr. costituita per un capitale di 40 m. fr. che riconosceva di aver ricevuto in varie epoche, durante il sequestro de' suoi beni.

» Si trattava di correggere una grande ingiustizia. Il fatto era che abbandonando la francia, la signora della Vieuxville-Baude aveva affidato molti fogli in bianco colla sola sua sottoscrizione al signor Pesse che si doleva di essergli stati involati. Per mancanza di prova della scroccheria di Arrighy, o dell' abuso di fiducia di Pesse, ella oppose la dichiarazione del 1733 al contratto o biglietto di cui Arrighy richiedeva la ricognizione ed il pagamento. Questi offrì in appello di provare sì con documenti che con testimonj che l' obbligazione aveva cause legittime. Ma si era talmente persuaso della frode e della mala fede che lasciando da parte

i principj, il tribunale di Parigi, senza arrestarsi all' offerta prova, ed attenendosi alla dichiarazione del 1733, ed alla mancanza di approvazione della somma, confermò la prima sentenza che aveva rigettata la domanda di Arrighy.

» Costui ne produsse ricorso in cassazione. Il pubblico ministero opinò che il tribunale di Parigi avrebbe dovuto autorizzare Arrighy a provare che l' atto aveva cause legittime; ma era talmente persuaso che la scrittura era fraudolenta, che conchiuse pel rigetto del ricorso, il quale fu in fatti rigettato ai 7 termidoro anno 10 sul fondamento della dichiarazione del 1733, e della mancanza dell' approvazione della somma in lettere per esteso.

» Ma nell' anno 11 essendosi di nuovo presentata la questione su di una rendita perpetua di 100 lire costituita per un capitale di 2 m lire, la corte di Liege ricusò di fare ai contratti di costituzione di rendita l' applicazione della dichiarazione del 1733 invocata dai debitori, l' autore dei quali non aveva approvata la somma. La causa fu portata innanzi la corte di cassazione, che disapprovò, e ritrattò il suo precedente arresto » » atteso che le costituzioni di rendita non sono espressamente comprese nella dichiarazione del 1733; atteso che la giurisprudenza non ha estesa l' applicazione della indicata legge alle obbligazioni di questa specie se non quando le circostanze hanno dato luogo a giusti sospetti di frode ec. ec. »

» Si è detto che un appuramento di conto scritto di mano aliena è soggetto alla formalità del *buono* o dell' approvazione della somma in lettere per esteso. La questione così messa è troppo vaga: la risoluzione dipende dal modo con cui è redatto l' appuramento. Se fosse scritto appiè del conto, come è di uso, ci sembra evidente che non sarebbe sottoposto alla formalità dell' approvazione della somma.

» Ma un biglietto scritto di mano aliena col quale una parte si obbliga di pagare all' altra una somma di denaro per saldo di un conto è soggetto alla formalità del *buono* o dell'approvazione della somma? Noi crediamo che non si saprebbe dubitarne. La causa del biglietto è indifferente: non è necessario che vi sia espressa. Ma qualunque essa sia, se vi si trova espressa, la scrittura conserva nondimeno la natura di un atto unilaterale, di un biglietto o di una promessa colla quale dice l'articolo 1326 (1280) una parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di denaro. A questo modo decise il tribunale di cassazione sotto l' impero della dichiarazione dei 22 settembre 1733 con arresto de' 7 giugno 1793 di cui ecco la specie.

» Perrina Crosnier donzella di età maggiore, e Pietro Vittalis sottoscrissero a 28 giugno 1790 una scrittura privata in doppio originale contenente l' enunciazione di un conto saldato, e di anticipazioni fatte da Pietro Vittalis a Perrina Crosnier, per compra di materiali, e prestito di denaro, il di cui risultato era la promessa acconsentita da quest' ultima di pagare a Vittalis la somma di 16, 760 lire.

» Una prima sentenza del tribunale della Rochelle, una seconda del tribunale di Fontenay come tribunale di appello avevano condannata Perrina Crosnier a pagare la somma.

» Quest' ultima ne produsse il ricorso in cassazione per contravvenzione alla dichiarazione de' 22 settembre 1733 che dichiara nulli i biglietti per valuta in denaro quando la somma non è approvata in lettera per esteso.

» Vittalis rispose che la scrittura essendo un atto sinallagmatico, e contenendo un conto saldato non era della natura delle promesse o biglietti pei quali la legge richiede l' approvazione dei contraenti.

» La corte di cassazione annullò la sentenza di Fonteney per la considerazione » che la scrittura in questione sebbene enunciata fatta in doppio originale, pure non conteneva obbligazione reciproca, e che in risultamento conteneva la promessa di pagare una determinata somma per anticipazione e mutuo di denaro, fatti da Vittalis a Perrina Crosnier, senza che la somma contenuta sia da lei approvata.

» Questo arresto ci sembra contenere una giusta applicazione della dichiarazione del 1733. Che importa in fatti, qual sia la causa del biglietto, se in conchiusione si ridu-

ce alla promessa di pagare una somma in denaro ? Il biglietto sottoscritto da Perrina Crosnier sarebbe parimenti soggetto alla disposizione dell' articolo 1326 (1280) secondo il quale ogni biglietto o promessa, con cui una sola parte si obbliga verso dell'altra a pagarle una somma in denaro dev' essere rivestito della formalità del *buono* o dell'approvazione della somma, senza distinguere qual sia la causa dell' obbligazione. *Toullier. Corso di dritto civile Tomo* 8 *n.* 303 *a* 306.

La corte di cassazione di Parigi con decisione de' 3 novembre 1811 ritenne per massima, che il difetto di approvazione di una scrittura non ammette nella scrittura stessa alcuna validità; nè il giudice può ricorrere a delle semplici presunzioni per completarne la pruova.

» *Fatto*. Nel giorno 16 dicembre 1810, il signore Fradiel commissario di guerra sottoscrisse un biglietto di 600 franchi in favore del signore Simonin. Il biglietto è sottoscritto dal signore Fradiel, ma è scritto di alieno carattere; di più non contiene un'approvato indicante in lettere per esteso la somma.

» Dopo la morte di Fradiel, Simonin convenne la vedova in giudizio. - Questa si limita ad opporre la mancanza di approvazione. Simonin replica, che se il biglietto non contiene approvazione per esteso della somma, è però sottoscritto da Fradiel - L attore sostiene quindi, che se il biglietto del 12 dicembre non prova pienamente il debito, giacchè vi manca l' approvazione, dice per lo meno essere sufficiente per farne ammettere la prova testimoniale, oppure semplici presunzioni (articolo 1347, e 1333.) Dopo tutto ciò, Simonin articola molti fatti, che chiede di voler provare per mezzo di testimonj. Questi fatti tendono a stabilire, che Fradiel nel corso dell' ultimo anno di sua vita, ha parecchie volte riconosciuto il suo debito di 600 franchi. - Che nel momento in cui sottoscriveva il biglietto del 12 dicembre parlava da uomo, ch'era realmente debitore; e che la stessa vedova Fradiel, aveva confessato il debito, dimandando dilazione per lo pagamento del medesimo.

» Il tribunale civile della Senna con sentenza del 31 agosto 1811 resa in prima, ed ultima istanza condanna la vedova Fradiel. I motivi della sentenza sono che il biglietto di 600 franchi è sottoscritto da Fradiel; che la firma non è impugnata, e che risulta dai fatti, e dai documenti della causa uniti a questa firma; che la somma di 600 franchi è realmente dovuto a Simonin.

» Ricorso in cassazione per violazione degli articoli 1326, e 1341 del codice civile.

» L'attrice sostiene, che siccome il biglietto del 12 dicembre era nullo per difetto di approvazione, così non faceva affatto nè pruova, ne' principio di pruova; quindi è, continuava l'attrice, che trattandosi di una somma di 600 franchi la sentenza impugnata dichiarar non potea l'esistenza del debito, che nel caso in cui fosse provato, astrazion fatta dal biglietto annullato, con quel genere di prova, che la legge prescrive allorchè trattasi di una somma maggiore di 150 franchi, cioè a dire con un titolo diverso dal biglietto del 12 dicembre, e dippiù per mezzo di testimonj, e presunzioni gravi, precise, e concordanti, nel caso in cui il titolo non provasse plenamente il debito, e non facesse, che renderlo probabile (1344 e 1353.) Or nella specie diceva l'attrice, la sentenza impugnata si fonda sopra talune presunzioni, e sopra talune circostanze unite al biglietto annullato; ossia si fonda sopra semplici presunzioni in una materia; che passa i 150 franchi, giacchè un biglietto nullo non costituisce nè prova, ne' principio di prova. Dunque viola apertamente l'articolo 1341 del codice civile. E quindi deve essere cassata.

» Il signor Thuriot, avvocato generale ha conchiuso per la cassazione.

» Decisione - Veduti gli articoli 1326, e 1341 del codice civile, così concepiti...... Considerando di essere riconosciuto in fatto, che il biglietto di cui è quistione, non fu scritto di proprio carattere da colui, che lo sottoscrisse, che non è rivestito del bono, o dell'approvato, richiesto dal precitato articolo 1326; che infine il sottoscrittore non trovavasi in alcuna delle classi eccettuate da quest' articolo; d'onde siegue, che in dritto il biglietto di cui trattasi era senza effetto ai termini delle disposizioni del mentovato arti-

colo; che in conseguenza la sentenza impugnata, nel condannare la vedova Fradiel a pagare l'ammontare del mentovato biglietto, e nel motivare sì fatta condanna, non già sopra un titolo di credito, che dichiara di esistere, ma unicamente sopra una enunciativa vaga di fatti che non articola, e di documenti, dai quali non enuncia neppure che sia risultato un principio di prova per iscritto, ha contravvenuto agli articoli 1326, e 1341 del codice civile; per siffatti motivi la corte cassa, ed annulla la sentenza emessa in ultima istanza dal tribunale civile della Senna.

§. 6. » Quando la somma espressa nel » corpo dell'atto sia diversa da quella espres- » sa nel *buono*, si presume che l'obbliga- » zione sia per la somma minore, ancorchè » l'atto egualmente che il *buono* sieno scrit- » ti per intero di mano di colui che si è » obbligato: purchè non si provasse in qual » parte sia precisamente l'errore. *Art.* 1281 » *leg. civ.*

» Questo articolo » dice Maleville » è fondato sopra diverse regole di dritto, le quali vogliono che in caso di dubbio si parteggi pel debitore, e per la liberazione. *Semper in obscuris quod minimum est sequimur. L.* 9 *D. de reg. jur.*

» Ma queste regole non stabiliscono, che una semplice presunzione debba cedere alla pruova contraria, o anche ad una presunzione più forte che risultasse dalle circostanze. Ciò fu chiaramente spiegato nella discussione del presente articolo.

» Si soggiunse eziandio che se il testo della promessa fosse scritto da mano estranea, si dovrebbe attenere alle parole *bono per* . . . . scritte dalla mano del debitore. *Maleville. Osservaz. all' art.* 1327 *del codice civ.*

D' altronde Pothier ci fa riflettere che

» Alloraquando la somma scritta dalla mano del debitore fuori del corpo dell' obbligo o promessa è minore di quella espressa nel corpo dell' obbligo scritto da altra mano; p. e. se nella promessa vi è detto: *Confesso di dovere a un tale la somma di* 300 *lire* e che a piedi e fuori del corpo della promessa vi sia scritto dalla mano del debitore *Buono per* 200 *lire* non è da dubitare che la promessa non faccia fede che per 200 lire.

» Se il corpo della promessa ed il *Buono* fossero scritti in intero dalla mano del debitore, nel dubbio se sia piuttosto la somma espressa nel corpo dell' atto o quella espressa nel *Buono* ch' è veramente dovuta, deesi *caeteris paribus* decidere in favore della liberazione, secondo la regola: *semper in obscuris quod minimum est sequimur. L.* 9 *D. de reg. jur.* Quindi nel caso proposto la promessa non varrà che per la somma di 200 lire. Ma se la causa del debito espresso nel corpo della promessa dà a divedere che la somma ivi stipulata è quella che veramente è dovuta, bisogna decidere diversamente. Per es. se la promessa scritta dalla mano del debitore porta: *Io confesso di dovere a un tale la somma di* 300 *lire per quindici canne di panno di Pagnon che egli mi ha vendute e consegnate*: e che sia certo che questa specie di panno valeva circa venti lire la canna la promessa varrà per 300 lire quantunque sia scritto: *Buono per* 200 *lire*.

» Le stesse regole debbono seguirsi nel caso inverso. Allorchè la somma espressa nel corpo dell' atto o promessa è minore di quella espressa nel *Buono*, come sarebbe allorchè si dice: *io confesso dovere ad un tale* 200 *lire* ed a piedi: *Buono per* 300 *lire* la presunzione *caeteris paribus* è per la somma di 200 lire, a meno che non sia manifesto dalla espressione della causa del debito che effettivamente sono dovute 300 lire. *Pothier. Trat. delle obbligaz. vol.* 4 *num.* 711 *e* 712.

§. 7. » La data delle scritture private non » si computa contra le terze persone se non » dal giorno in cui sono state registrate, dal » giorno della morte di colui o di uno di » coloro che le han sottoscritte, o dal gior- » no in cui la sostanza delle medesime scrit- » ture resti comprovata in atti stesi da uffi- » ziali pubblici, come sarebbero i processi » verbali di apposizione di sigilli o d'inven- » tario. *Art.* 1282 *leg. civ.*

Il tribuno Iaubet in esporre queste disposizioni esaminò qual fede debbono fare gli atti privati rivestiti delle forme legali, e riconosciuti.

» Su di ciò » egli dice » far conviene due distinzioni. Riguardo alle parti che hanno sottoscritto l'atto e dei loro eredi e quelli che hanno causa, gli atti privati fanno la stessa fede contro di loro egualmente che gli atti autentici.

» Noi qui non parliamo delle forme esecutorie; è certo che il creditore il quale è possessore di un atto privato, la di cui firma, o scrittura sia riconosciuta, non potrebbe permettersi di agire contro il debitore esecutivamente, e sarebbe obbligato di ricorrere alla giustizia per costringere il suo debitore ad adempiere al suo obbligo.

» Altro è la fede che fa l'atto, ed altra cosa è l'esecuzione di cui l'atto è capace.

» Per ciò che riguarda la fede che può fare un atto, cioè pel titolo dell'obbligazione, per la verità, e per la somma della medesima, non vi è assolutamente differenza alcuna tra gli atti privati, e gli atti autentici, in quanto riguarda quelli che li hanno soscritti, i di loro eredi, o quelli che vi hanno causa.

» Che dev'essere però riguardo a'terzi?

» Due cose meritano considerazione, la convenzione in se stessa, e la data dell'atto.

» Abbiam già veduto che le convenzioni non hanno effetto, che tra le parti contraenti, e non possono nè nuocere, nè profittare ai terzi. Questa regola è comune a tutte le convenzioni, qualunque sia l'atto che le contenga. Sotto questo rapporto non vi è differenza alcuna tra gli atti autentici, e gli atti privati. Diverso è per la data. Quì un esempio è necessario: Pietro è debitore di Giacomo; Giacomo possessore di un titolo esecutivo contro Pietro forma un sequestro nelle mani di un debitore del medesimo: Giacomo domanda di concorrere alla ripartizione de'fondi. In fatti produce un titolo di credito.

» Se questo consiste in un atto autentico, la data del titolo non potrebbe essere contrastata: questa data era stata assicurata dalla firma del pubblico uffiziale, in questo caso Giacomo concorrerà con Giovanni.

» Ma se Giacomo non aveva che un titolo sotto scrittura privata quando Giovanni avea formato il sequestro, potrà egualmente opporlo a Giovanni? Giovanni non potrebbe dirgli di non esser provato che questo atto abbia esistito prima del sequestro; e che in conseguenza riguardo a Giovanni non vi è prova dell'obbligazione? L'esposizione della quistione prova che il legislatore si trovava tra due scogli.

» Dichiarare per principio che gli atti con scrittura privata facevano fede dalla lor data contro i terzi, sarebbe stato lo stesso che aprir la porta ad ogni sorte di frode.

» Dichiarare per principio che gli atti con scrittura privata non hanno data contro i terzi, non è forse compromettere in alcuni casi gl'interessi degli uomini di buona fede, i quali non hanno esatto un atto pubblico, o perchè non vi hanno pensato, o perchè non ne han voluto soffrire le spese? Intanto quest' ultimo inconveniente è minore di quello che risultarebbe dal sistema contrario. *Esposizione de' motivi sul codice civile n.* 60.

Toullier rileva inoltre da questo articolo tre eccezioni al principio che le scritture private non hanno data sicura contra i terzi. Due sono fondate sulla fede dovuta all'autenticità degli atti che assicura la data, la terza sul fatto che rende l'antidata impossibile, la morte di uno di coloro che hanno sottoscritto.

» Ma vi sono altri casi che rendono l'antidata impossibile. Nella vigilia di una battaglia, un militare fa una scrittura privata di vendita. Il giorno dopo ha le braccia portate via da un colpo di cannone. Egli guarisce, ma è ridotto alla impossibilità di sottoscrivere.

» Nella vigilia di partire per le grandi Indie Cajo fa un contratto di vendita con scrittura privata. Il giorno dopo s'imbarca a Saint-Malò, e da dodeci anni non si è ricevuta nè sua notizia nè notizia del vascello su cui si era imbarcato.

» In questi due casi ed altri simili, la data dell'atto non sarà assicurata contro i terzi, almeno dalla vigilia della battaglia, dalla partenza di Cajo? Non se ne può ragionevolmente dubitare, se d'altronde la firma è riconosciuta e debitamente verificata; imperciocchè nel primo caso colui che non ha più braccia non può più sottoscrivere un atto nè dargli più antidata, come se fosse realmente morto; nel secondo caso vi è parimente impossibilità fisica bastante per distruggere l'ef-

fetto della regola *pater is est quem nuptiae demostrant.* Il figlio che la moglie di Cajo avesse dato alla luce durante la sua assenza potrebbe non essere riconosciuto. Come si potrebbe sostenere che questa circostanza non basterebbe per distruggere la presunzione dell' antidata di un atto? La disposizione di questo articolo adunque non è come si dice limitativa, ma soltanto dimostrativa.

» Passiamo ad un' altro caso. Dopo aver venduto il fondo Corneliano con privata scrittura, Cajo scomparisce senza che si abbiano sue notizie. I suoi eredi presuntivi si sono fatti immettere in possesso de' suoi beni. Dopo quindici anni compiti di assenza Tizio rivendica il fondo Corneliano contra il compratore che oppone la prescrizione di dieci anni con titolo e buona fede. Tizio risponde che la data della scrittura privata di vendita non si computa contra le terze persone se non dal giorno del registro, o dal giorno della morte di uno di coloro che l' han sottoscritta. Il compratore replica che la data della scrittura è assicurata per mezzo della sentenza che dichiara l' assenza di Cajo e per mezzo dell' esame de' testimonj che provano esser egli scomparso da quindeci anni compiti, e che non si sono ricevute sue notizie, che nè pure si può supporre che sia scomparso, ed abbia serbato il silenzio; poichè questo silenzio gli fa perdere nove decimi delle sue rendite secondo l' articolo 127 del cod. (133).

» Noi pensiamo che in questo caso la data della scrittura è sufficientemente assicurata: il sospetto di antidata o di frode sembra pienamente distrutto da una presunzione più grave.

» Per sostenere che la distinzione dell' articolo 1328 (1282) è limitativa, in vano s' invocherebbe la formola della sua redazione: *La data delle scritture private non si computa contra le terze persone se non dal giorno della morte....*

» Si dee rispondere che la limitazione non cade sulla numerazione che siegue: *dal giorno della morte.... dal registro.... dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata in atti stesi da uffiziali pubblici....* La ragione, e l' antica dottrina che han voluto confermare i redattori del codice non permettono di limitare la disposizione a questi soli casi. Il vero senso dell' indicato articolo è dunque che la *data* delle scritture private non si computa contra le terze persone, se non dal giorno in cui questa data è assicurata; per esempio colla morte di uno di coloro che le hanno sottoscritte, col registro ec. Era questa la dottrina di Pothier che i redattori del codice han voluto confermare. A questo modo anche la ragione vuole che s' intenda. Non è ragionevole il dire che la data non è certa quando uno di coloro che han sottoscritto in vece di esser morto, è nondimeno ridotto alla impossibilità di far sottoscrizioni ed antidate.

» La disposizione del medesimo articolo portante, che la data delle scritture private non si computa contra le terze persone è dessa applicabile alle materie di commercio? Questa è una questione importantissima, che sembra interamente rimessa alla prudenza dei tribunali di commercio. Essi possono a tenore delle circostanze applicare il principio, modificarlo, o allontanarne l' applicazione, secondo che sembrano esigerlo l' equità e l' interesse del commercio.

» I tribunali possono ammettere la prova testimoniale, anche delle convenzioni non iscritte che oltrepassano 150 fr. Potrebbero con più di ragione ammetterla per stabilire la verità o la falsità della data di una scrittura privata. D' altronde negli affari di commercio, si trovano il più sovente indipendentemente dal mezzo che offrono i libri, talune circostanze in appoggio della data delle scritture private. Ecco la specie che può spandere qualche lume su questa materia.

» Con scrittura privata de' 23 luglio 1810. Chandenier avea venduto ad Arnet de Lisle una certa quatità di tegole da consegnarsi nel porto di Gizy. Egli riconosceva averne ricevuto il prezzo.

» Una parte di queste regole fu effettivamente trasportata a Gizy; ma il venditore Chandenier fallì prima che fossero consegnate. I sindaci si opposero alla consegna e pretesero che queste tegole fossero parte della massa, perchè la vendita non essendo stata registrata se non dopo il fallimento non ave-

va data certa a loro riguardo. Il tribunale di Sens vi fece dritto.

» In appello Armet de Lisle sostenne in dritto che l'articolo 1328 (1282) non era applicabile alla materia di commercio; che in fatti la vendita eseguita da Chandenier non solamente era stabilita colla scrittura privata, ma ben anche con molti fatti concludenti, i quali provano che essa era anteriore al fallimento, come la corrispondenza di Armet de Lisle col suo vetturale per acqua, la libera esecuzione del contratto, ed il trasporto di una porzione delle tegole nel porto di Gizy ec. ec.

» Con arresto de' 12 aprile 1811 la corte di Parigi riformò la sentenza di Sens.

» Atteso che risulta da' fatti della causa, che il contratto si è fatto sotto la data de' 23 luglio; che è stato eseguito per parte del compratore colla sottoscrizione de' biglietti ad ordine fatti a' 23 luglio e pagabili alle scadenze indicate nel contratto, e per parte del venditore col fatto della consegna già cominciata ».

» Ciò ci conduce alla questione se più creditori sono terze persone, o quando debbono considerarsi come terze persone, relativamente alle scritture private sottoscritte dal loro debitore, imperciocchè nel solo interesse delle terze persone resta incerta la data delle scritture private secondo l'articolo 1328 (1282). Quindi è che quando d'altronde la scrittura è riconosciuta o legalmente considerata per tale, la data è pienamente assicurata fra quelli, e contro quelli che l'hanno sottoscritta, i loro eredi, o quelli che han causa da loro. Questa è una conseguenza necessaria dell'articolo 1322 (1276) che dà alla scrittura privata la stessa fede dell'atto autentico fra quelli, che l'hanno sottoscritta, loro eredi, e quelli che hanno causa da loro.

» Bisogna osservar bene queste ultime parole della legge, e seguire la differenza che esiste tra *un terzo ed uno che ha causa*: da ciò dipende la giusta applicazione della regola, che le scritture private non hanno data certa contra le terze persone; giacchè coloro che han causa non sono in questa materia considerati come terze persone.

» Colui che ha causa è quello a cui sono stati trasmessi a titolo particolare i dritti di una persona, come per legato, donazione, vendita, permuta ec. ec. in una parola, quello che rappresenta questa persona solamente per i dritti trasmessi. Tale è il senso che l'uso, e gli autori han sempre dato a questa parola. Comunemente il titolo di erede si oppone al titolo di colui che ha causa, come fa l'articolo 1322 (1276), in cui si dice che la scrittura privata riconosciuta o legalmente considerata per riconosciuta, ha la stessa fede dell'atto autentico tra coloro che l'hanno sottoscritto, e fra i loro eredi e quelli che han causa da loro.

» Quindi il donatario, il compratore ec. sono quelli che han causa dal donante, dal venditore in ciò che concerne i beni donati, e venduti ec: di ciò non si saprebbe dubitare.

» Questo punto bene stabilito ci conduce all'esame delle diverse questioni, la discussione delle quali è necessaria per lo sviluppo de' principj, e la soluzione delle quali non n'è se non la giusta applicazione.

» Cajo vende a Primo il fondo Corneliano al 1 gennaro 1817 con scrittura in forma valida ma privata. Al 1 marzo seguente Cajo di nuovo vende lo stesso fondo Corneliano, ma con atto autentico a Secondo, che ignora la esistenza del precedente contratto. Quale di queste due vendite dee prevalere tra gl'indicati due compratori egualmente di buona fede? La prima senza dubbio; imperciocchè a norma dei principj del codice, la proprietà essendo definitivamente trasferita col solo consenso delle parti contraenti, ancorchè non sia stata eseguita la tradizione della cosa, l'antico proprietario non può, dopo la perfezione del contratto di vendita, vendere un immobile, nè trasferire dritti che più non gli appartenevano. La vendita con scrittura privata non differisce in ciò dalla vendita con atto autentico; giacchè la legge permette di vendere con atto autentico o con scrittura privata; art. 1582 (1427.) L'una e l'altra vendita hanno la stessa forza: ambedue producono il medesimo effetto. Il venditore con scrittura privata non è meno spogliato della proprietà che il venditore con

atto autentico. Egli non può più vendere una seconda volta l'immobile che ha già venduto: questa sarebbe una vendita della cosa altrui dichiarata nulla coll'articolo 1599 (1444).

» Invano Secondo opporrebbe a Primo l'articolo 1328 (1282) portante che la data della scrittura privata non si computa contra le terze persone se non dal giorno del registro ec.

» Primo risponderebbe con vantaggio che i compratori non sono terze persone rispettivamente al venditore che ha sottoscritto le due scritture di vendita; ma sono quelli che hanno causa da lui: questo è un punto dimostrato. Bisogna dunque applicar loro la disposizione dell' articolo 1322 (1276) in cui è disposto che la scrittura privata riconosciuta, o legalmente considerata per riconosciuta, ha la stessa fede di un'atto autentico tra quelli che l'hanno sottoscritta e quelli che hanno causa da loro.

» Invano anche Secondo opporrebbe la facilità di mettere con un concerto fraudolento una data anteriore alla vendita con scrittura privata, per darle la priorità di tempo su di una vendita con atto autentico: l' inconveniente è reale.

» Ma se si ammettesse ciò che la sola legge potrebbe fare con una espressa disposizione, che la vendita autentica dee sempre, senza prova di frode, prevalere sulla vendita privata, si ricaderebbe in un secondo inconveniente che non è minore: si darebbe al venditore di mala fede un mezzo sicuro di annientare le vendite private che avesse precedentemente fatte. Tra questi due scogli, il legislatore non poteva far cosa più saggia che di restare attaccato al principio, lasciando alla prima vendita la preferenza che l'è dovuta, salvo all' altro compratore di buona fede il dritto di provare la frode.

» Quella del venditore stellionario si prova colla presentazione di due contratti; ma la complicità di uno de' due compratori è un fatto che bisogna provare giacchè la frode non si presume. È possibile che l' uno e l' altro sieno stati di buona fede, e che il secondo compratore abbia ignorata la prima vendita. Fino alla prova della frode la legge presume i due compratori di buona fede, e sostiene in conseguenza la prima vendita benchè fatta con scrittura privata, perchè i due compratori sono egualmente quelli che han causa dal venditore, in quanto concerne il fondo venduto. *Toullier. Corso di dritto civile. Tomo* 8 *n.* 242 *a* 246.

La corte imperiale di Torino con decisione de' 26 febbraro 1812 consagrò il principio, che la parte sequestrata può opporre all' aggiudicatario delle quietanze di pigione rilasciata in scrittura privata, ancorchè non abbiano una data certa anteriore all' aggiudicazione, principalmente se sono sostenute da prova testimoniale.

» *Fatto.* In virtù di una spropria forzata si vende una casa sita a Torino, ed è aggiudicata alla signora Dumouland.

» Trattasi allora del pagamento delle pigioni. Il conte Galli, ed il signor Reggio erano locatarj della casa. La signora Dumouland reclama le pigioni decorse dopo l'agiudicazione.

» I reclami della signora Dumouland, per quanto riguardava il signor Reggio, non avevano per oggetto, che una somma di 1000 franchi. Essa citò il conte Galli, ed il signor Reggio con un solo e medesimo atto di citazione.

» I rei convenuti oppongono talune quietanze, le quali provavano il pagamento delle pigioni fatte con anticipazione. La loro data sembrava anteriore alla vendita della casa; ma il registro delle medesime era posteriore all' aggiudicazione.

» Allora fu, che la signora Dumouland sostenne, che ai termini dell' articolo 1328 del cod. civile, queste quietanze non le potevano essere opposte, dappoichè non avevano una data certa. Il conte Galli, ed il signor Reggio, opposero l' eccezione della loro buona fede nel tempo dei pagamenti, e domandarono di provare per mezzo di testimonj la verità delle quietanze.

» Il tribunale civile di Torino con sentenza del 21 giugno 1811, senza aver riguardo ai pagamenti allegati dai rei convenuti, loro ordina di pagare alla signora Dumouland le pigioni scadute dopo l' aggiudicazione. Attesa la mancanza di data certa, anteriore all' aggiudicazione, delle quietanze opposte.

» In grado di appello, le parti riproducono i loro rispettivi mezzi.

» La signora Dumouland propone inoltre un mezzo di non ricevere contra il signor Reggio.

» Essa lo sostiene non ammissibile nel suo appello; dapoichè le pigioni da esso lui dovute, ed impugnate ascendonno ad una somma minore di 1000 franchi. Il signor Reggio risponde che quando una stessa persona forma due dimande con un solo e medesimo atto di citazione, la competenza dell'ultima istanza non può determinarsi, che cumulando il valore delle dimande riunite. Pretende dunque, che nella specie presente, in cui l'appellato avea citato unitamente il conte Galli, ed il signore Reggio, importava molto poco, che la dimanda diretta contro una delle parti fosse al di sotto di 1000 franchi, se la riunione delle sue dimande presentava un valore più considerevole. In questo caso egli diceva, ciascuna dimanda deve percorrere i due gradi di giurisdizione.

» Decisione - La corte per quanto riguarda il mezzo di non ricevere opposte in particolare all'appello prodotto da Reggio, una delle parti patrocinate da Cataneo,

» Atteso che, tanto contro Reggio, quanto contro il conte Galli, con un solo e medesimo atto di citazione, è stata formata dalla parte patrocinata da Baretta la dimanda per lo rimborso delle pigioni rispettive delle quali è quistione.

» Che la medesima parte patrocinata da Baretta avea adoperato un solo, e medesimo titolo per fondare la sua azione contra entrambi gli appellanti.

» Che questi ultimi affine di restringere si fatta dimanda, hanno parimente fatto uso degli stessi mezzi di difesa.

» Che in un tale stato di associazione degli appellanti nell'affare di cui trattasi, per decidere il punto dell'ammissibilità dell'appello prodotto da Reggio non bisogna arrestarsi a vedere qual sia la somma, che deve ciascuno di essi.

» Che per l'opposto ella è cosa ben sensibile, per le considerazioni qui sopra esposte, che l'interesse di uno degli appellanti non deve nel soggetto caso essere considerato isolatamente; che in conseguenza l'appello essendo, per ragion della sua somma, ammissibile in quanto ad uno dei rei convenuti, correi nella lite, deve esserlo egualmente in quanto all'altro.

» Che egli è facile di convincersi maggiormente di tale verità se si considera che nell'ipotesi, che la parte patrocinata da Baretta (la signora Dumouland Arman - Gros) avesse perduto in prima istanza, avrebbe a buon dritto sostenuto il suo appello ammissibile, contra entrambi i rei convenuti; d'onde la conseguenza che reciprocamente questi, per lo principio che *partes in judicio non debent ad imparia judicari*, debbono godere dello stesso favore nel caso in cui si trovano.

» Considerando per tale oggetto, che la decisione dei prmi giudici riposa essenzialmente sul principio che secondo il loro modo di pensare, un compratore, o uno aggiudicatario, debbono essere riguardati come tanti terzi, nel senso dell'art. 1328 del codice civile, giacchè non rappresentano il loro autore come successori a titolo universale.

» Che per verità ella è cosa indubitata, che un compratore, o uno aggiudicatario siano successori a titolo particolare, secondo che sono qualificati dalla sentenza di cui è appello, ma che è ancor vero, che relativamente ai dritti sulla cosa, i quali nella persona del compratore, non possono essere maggiori di quelli, che aveva il venditore, essendo quest'ultimo rappresentato perfettamente dal primo, che n'è un vero *avente causa*.

» Che quindi la persona del compratore identificandosi, per rapporto ai dritti ad esso lui trasmessi, con quella del suo autore, non pare esatto il dire, che gli si possa applicare l'espressione di terzo che trovasi, nel sopra citato articolo: nè può persuadersi alcuno, che sia stato nella intenzione del legislatore di metterlo nella stessa classe di questi terzi, che non hanno niente di comune colle parti, tra le quali l'atto ha avuto luogo; ed avendo in considerazione talune particolari circostanze della specie attuale, trattandosi principalmente di una delle cause le più favorevoli agli occhi della legge, qual'è quella della deliberazione, i pri-

mi giudici potevano tanto meno motivare il rigetto della prova testimoniale colla disposizione del mentovato articolo.

» Considerando di più, che stabilito una volta, che il compratore a titolo, sia di vendita, sia di aggiudicazione, rappresenta il suo autore, e n'è l'avente causa, viene in ogni caso in appoggio della dimanda sussidiaria degli appellanti la disposizione dell'articolo 1347 del codice civile. Atteso che la scrittura privata del 14 marzo 1809, e la quietanza formata ancora con scrittura privata del 29 settembre dello stesso anno, prodotti rispettivamente dagli appellanti, entrambi questi documenti sottoscritti da Luigi Armando Crof, ciò, che non è stato da lui impugnato, portano senza dubbio, ai termini del mentovato articolo 1347, il carattere di un principio di prova.

» Per tali considerazioni, sull'avviso del signor Rocca avvocato generale, udito sul mezzo di non ricevere opposto all'appello prodotto da Reggio.

» Senza arrestarsi al mezzo di non ricevere, annulla la sentenza di cui è appello: emendando, e facendo ciò, che i primi giudici avrebbero dovuto fare, prescrive prima di tutto agli appellanti di far prova testimoniale della verità, tanto dell'intrinseco, quanto dell'estrinseco delle due scritture private da essi rispettivamente esibite in data del 14 marzo, e 29 settembre 1809, salva agli appellati la prova contraria. »

Stabilita la massima, che la data del registro fissa la data certa delle private scritture in faccia ai terzi; questa massima non può applicarsi agli atti autentici, i quali per la solennità di cui sono rivestiti non han bisogno di altre formole per produrre effetto legale in giudizio. Decisione della suprema corte di giustizia de' 15 novembre 1823.

» *Fatto.* Con istrumento de' 16 ottobre 1816 il fu barone D. Giuseppe Alchimia vendè al fu D. Carlo Jazeolla una casa sita strada Toledo n.323 composta di più appartamenti, quartini, e botteghe. In conseguenza il compratore nel dì 23 dello stesso mese intimò agl'inquilini l'ordine di riconoscerlo per nuovo padrone, e corrispondere in suo favore le pigioni dal giorno del contratto.

» D Angelo Maria Duroni uno degl'inquilini di detta casa nel dì 31 dello stesso mese dedusse la nullità della stessa vendita, come fatta in frode de' creditori del venditore. Questo stesso fu dedotto per parte dei conjugi D. Pietro, e D. Antonia Zampelli, anche creditori del suddetto barone Alchimia. Allora fu che il signor Jazeolla avendo trascritto il titolo del suo acquisto nell'uffizio della conservazione delle ipoteche fece notificare i creditori iscritti, offerendosi pronto a soddisfarli sino alla concorrenza del prezzo.

» Il solo signor Duroni rispose, che pendente il giudizio di nullità non potea mai decorrere il termine accordato dalla legge pel beneficio della sopraimposizione della detta vendita volontaria. In questo stato di cose D. Camillo Alchimia germano del venditore, dedusse anch'egli la nullità della vendita suddetta a causa di suo condominio per effetto di antichi fedecommessi.

» Il tribunale con sentenza de' 13 settembre 1817 rigettò la dimanda di nullità, tanto di D Camillo Alchimia, che de' signori Duroni, Zambelli, ed altri creditori; ed in quanto all'altra dimanda di questi ultimi, riguardante la osservanza de' rispettivi contratti anticretici, si riserbò deliberare dietro la intimazione che si sarebbe fatta al signor Jazeolla de' contratti anzidetti. I signori Alchimia, Duroni, e Zampelli appellarono di tal sentenza. In seguito furono esibiti i documenti de' crediti, tra quali vi furono un instrumento de' 12 novembre 1811 con cui il signor Alchimia dette a godere al signor Duroni la bottega con stanza superiore num. 324 a tempo indefinito, mediante l'imprestito di ducati 2000, ed un'altro instrumento de' 14 dicembre dello stesso anno, da cui risultava, che il detto signor Alchimia dette a godere ai conjugi Zampelli per anni dieci la bottega con quartino num. 322 avendo preso ad imprestito da essi ducati 2500 i cui interessi doveano imputarsi colla pigione.

» Il tribunale suddetto con sentenza contumaciale de' 28 novembre del detto anno 1817 dichiarò, che il contratto di ottobre 1816 niuna alterazione aveva indotto nei contratti di credito de' signori Zampelli, e Du-

roni. Ordinò quindi di conservarsi i medesimi nel godimento degl'immobili loro dati in pegno, sino all'intera soddisfazione de' loro crediti. Il signor Jazeolla ne produsse le opposizioni, ed indi attaccò di nullità tanto l'instrumento de' 22 novembre 1811 prodotto dal sig. Duroni, perchè mancante di registro, quanto l'instrumento de' 14 dicembre dello stesso anno, perchè non era stato firmato da testimonj.

» Lo stesso tribunale con sentenza de' 14 marzo 1818 dichiarò di non esservi luogo a deliberare sulla domanda del signor Jazeolla contro Duroni. Dichiarò inammisibile la domanda dello stesso signor Jazeolla, contro i conjugi Zampelli, ed ordinò di eseguirsi la sentenza contumaciale.

» Portata in seguito la causa avanti la gran corte civile il signor Duroni esibì un'altra copia del cennato instrumento de' 22 novembre, registrata nel dì 20 luglio 1822.

» La gran corte con decisione de'31 gennaro del corrente anno, dichiarò, che l'instrumento di novembre 1811, registrato a 20 luglio 1822 fosse inefficace a mantenere esso signor Duroni nel godimento della bottega datagli in anticresi coll'instrumento suddetto, facendogli salve le ragioni soltanto in linea creditoria da sperimentarle in un giudizio di collocazione; e dichiarò di esser lecito a ciascun creditore di aprire il giudizio di collocazione sul prezzo contenuto nell'instrumento di compra fatto dal signor Jazeolla.

» Contro questa decisione il signor Duroni si provvide di ricorso nella corte suprema di giustizia, allegando, che si era male applicato l'art. 2185 dell'abolito codice civile, e si erano violati gli articoli 1319 e 1328 dello stesso codice: che nell'istrumento di novembre 1811 si erano applicate le disposizioni de' reali decreti de' 25 dicembre 1816, e 21 giugno 1819 mentre dovea aver luogo l'applicazione del decreto de' 3 gennaro 1809: che finalmente ogni instrumento, secondo l'art. 1271 delle leggi civili fa piena fede di quanto contiene, ed anche della data; e tra le nullità indicate nell'art. 52 del regolamento notariale de' 3 gennaro 1809 non essendovi la mancanza del registro, la dipendenza della data da tal formalità deve intendersi per le scritture private, e non mai per gli atti autentici.

» Udito il rapporto ec.; ed inteso il pubblico ministero rappresentato dall' avvocato generale Vecchioni, il medesimo ha presentate le sue conclusioni ne' seguenti termini:

» Signori

» Il primo de' due motivi di annullamento allegati dal signor Duroni è riposto nell' assunto, che mal siasi applicato l'art. 2185 dell'abolito codice civile. E non si nega già, che dal detto articolo fosse stato prefisso a tutt' i creditori, per poter chiedere la vendita all'incanto del fondo ipotecato, un termine di 40 giorni dopo la notifica del nuovo acquirente: ma si sostiene, che per interpretazione ritratta dal fine del legislatore nella specie dovea riconoscersi una eccezione alla disposizione testuale. Essendo questi i termini del proposto motivo, è chiaro, che non presenta una nullità nel senso della legge, cioè una manifesta contravvenzione al testo delle leggi, o de' decreti, come detto articolo 114 della legge organica della magistratura.

» Ma quando si voglia chiuder gli occhi a questa prima obbiezione, donde si vuol desumere la eccezione? Da Duroni si era dedotto, che si fosse fatto il contratto di compra, e vendita in frode de' creditori, e se n'era chiesta la rescissione: il perchè si sostiene, che in pendenza di questo giudizio non potea correre contra esso Duroni il termine di 40 giorni. E si aggiunge ch'egli anche con una opportuna protesta si assicurò della interruzione del termine stesso. Ma la semplice istanza di rescissione, finchè non avesse ottenuto l'effetto di un favorevole giudicato, non potea togliere a Jazeolla gli effetti, ed i vantaggi di un acquisto fatto con atto autentico: come dunque gli si poteva ritardare l'esercizio di un dritto, che la legge accorda a tutt' i nuovi proprietarj, quale si è la purgazione delle ipoteche? Oltrechè sarebbe stato impossibile, che per un solo creditore si ritardasse quel termine, che scorreva per tutti gli altri: e se uno di questi altri colla sua offerta di prezzo avesse provocata la vendita all'incanto, ed il fondo fosse rimasto aggiudicato ad un terzo,

mai non avrebbe potuto comportarsi, che malgrado la fede dell' asta pubblica, di nuovo quel fondo fosse esposto alla vendita. Quanto alla protesta invano si pretende, che abbia conferito un dritto al signor Duroni, essendo ben noto, che tali atti valgono soltanto a porre in salvo i dritti dapprima acquistati; e come abbiamo già detto, non si apparteneva certamente ad un creditore d'inceppare al compratore del fondo la purgazione dell' ipoteca. Avrebbe ben potuto questo creditore presentar la sua offerta, e chiedere, che si sospendessero le subaste sino all' esito del giudizio di rescissione, anzicchè contentarsi di una protesta vana, ed inoperosa. Finalmente, se mai in qualche caso la istanza di recissione avesse potuto far inciampo alla purgazione dell' ipoteche, ad ogni modo sarebbe stato indispensabile, che questa istanza fosse ammisibile, e ben fondata. Or dopo un arresto del parlamento di Parigi del 1782 (di cui nella sua recente opera sulla materia fa menzione il Prenier) non si è dubitato, che non vi è luogo ad azione di recissione per causa di frode nascente dalla bassezza del prezzo, quando la legge apre il campo ad assicurare il giusto prezzo del fondo per mezzo del pubblico incanto. Ed essendo stata già esclusa la domanda di recissione, nè avverso questa parte del giudicato essendosi prodotto gravame, bisogna riconoscere, che la detta domanda era ingiusta.

» L' altro motivo di annullamento ci sembra degno di più seria considerazione. Quando Duroni fu certo, che per frode del notaro all' istrumento del 1811 si trova apposta una falsa menzione di registro, ne presentò altra copia debitamente registrata. Or la gran corte civile considerando, che la registrazione assicura la esistenza degli atti, e ne rende certe e legali le date specialmente in faccia ai terzi, e che per conseguenza la registrazione di quel contratto seguita veramente nel 1812 ricade nel tempo, in cui la cosa era già passata nel dominio di Jazeolla, ha dichiarato essere inefficace quel' instrumento a conservare al signor Duroni i dritti dell' anticresi.

» Primieramente è da notarsi che per questa parte la decisicne lascia in dubbio qual sia il testo di legge applicato, attesa la promiscua citazione della legge de' 3 gennaro 1809 la quale imperava in tempo del contratto, della legge intermedia de' 25 dicembre 1816, e della legge de' 21 giugno 1819 vigente nell' epoca dell' giudizio. Ma per ora è da vedersi, se si è giudicato secondo il disposto di alcuna di queste leggi.

» In qual senso ha enunciato la gran corte civile, che la registrazione rende certa, e legale la data degli atti? Avendo soggiunto che poichè il contratto di anticresi fu registrato nel 1822 va a ricadere in epoca consecutiva alla compra fatta da Iazeolla, ha dato a divedere esser sua opinione, che i contratti acquistano la loro data dall' atto della registrazione. Ma quale delle tre leggi ha mai dato appoggio a questa dottrina? Quella del 1809 ne' suoi motivi, e nell'articolo 2 dichiara espressamente, che il registro assicura la verità delle date: or se le date ricevono certezza dal registro, è chiaro, che hanno una propria esistenza prima di essere in tal modo accertate. Del resto sarebbe una superfluità il dimostrare, che nel certo, ed ovvio uso delle parole altro è dar la data ad un atto, ed altro è assicurar la verità della sua data. Si noti intanto ad esuberanza, che nello stesso dì 3 gennaro 1809 fu pubblicato un decreto in materia notariale, e nell'articolo 1 si dichiarò, che i notari sono istituiti per assicurare la data degli atti; la quale espressione ben si accorda con quella della legge del registro, quando non si dubiti, che assicurar la data di un atto è lo stesso, che render certa la data, che in quell' atto è consegnata, e viceversa se suonasse lo stesso, che dar la data ad un atto, dovrebbe conchiudersi, che il legislatore di allora nello stesso giorno volle, che ogni atto notariale avesse due date, cioè quella del rogito, e quella del registro. Le cose fin qui dette si adattano anche in modo più chiaro alle leggi consecutive a quella del 1809, perchè sono anche espressi con maggior precisione l'articolo 3 della legge del 1816, e l'articolo 4. n. 3 di quella del 1819. Per ultimo le leggi civili nell' articolo 1282, non diverso da un altro articolo del cod. abolito, in ordine alle sole scrit-

ture private, e solo in quanto a' terzi, hanno disposto, che debba computarsi la data dal giorno della registrazione, dal che si rileva con certezza, che non ha mai pensato il legislatore, che gli atti autentici dovessero avere altra data, che quella dagli stessi annunziata.

» Or poichè è indubitato, che il registro accerta unicamente la data degli atti, su quale appoggio ha creduto la gran corte, che un istrumento tardi registrato ha perduta la sua data originaria, ed ha tolta in prestito quella della registrazione? Forse si è tenuto per vero, che non era valida una registrazione adempita dopo lo scorrere di più anni: ma supposto per un momento vero il principio, se ne potrebbe desumere l'assoluta inefficacia del contratto, e non mai il cangiamento della data.

» A rischiarimento però della quistione non vogliamo tralasciare di esporvi anche in questo aspetto delle brevi osservazioni. È vero, che la legge del 1809, nel titolo 3 fissa i termini, dentro a cui debbano gli atti registrarsi; ma le pene della trasgressione son poi determinate nel titolo 6 ed anzichè imprimere nessuna validità sugli atti in tempo debito non registrati, si riducono a semplici ammende. Ed è notabile, che nello stesso titolo si trova disposto di doversi adempir la pretermessa registrazione; il che sarebbe stato superfluo, ed inopportuno, se dopo il termine degli atti avessero dovuto rimaner privi di vigore. Ma quanto a ciò, sono ben accordate tutte le parti della legge: l'articolo 3 statuisce esser necessaria la registrazione; l' articolo 8 e seguenti abilitano gli agenti dell' amministrazione, scorsi i termini, ad astringere i morosi ad adempirla; l'articolo 16 anche scorsi i termini, permette al terzo di adempirla; e il 12 dispose in termini generali, che degli atti non possa farsi uso, priachè siano registrati.

» Le leggi del 1816, e del 1819 non aprono neppure il campo ad una dimostrazione, tanto son certe, e positive le loro disposizioni. L'una nell'articolo 2 esclude espressamente qualunque termine di rigore; l' altra nell'articolo 4 n. 2 anche espressamente dispone, che la omessione del registro non produce la nullità dell' atto.

» Poichè tutte e tre le leggi in quanto alla quistione, presentano le stesse disposizioni, si diminuisce la importanza di esaminare quale di esse doveva adattarsi alla causa. Saremo dunque anche brevi su quest' ultimo punto. Non può dubitarsi, che la legge intermedia, la quale non è stata in vigore, nè in tempo del contratto, nè in tempo del giudizio, non potea trovar luogo alla sua applicazione; ma dovea riconoscersi l'autorità di quella del 1809; o dell' ultima del 1819? L'esposto quesito si riduce al seguente dubbio: ricadeva la causa nel principio di non doversi dare alle leggi un effetto retroattivo? Se questo principio prevaleva nella specie, per diretta conseguenza non era da attendersi all' ultima legge, e doveva unicamente segnarsi quella, che imperava in tempo del contratto: ma si nega alle leggi ogni effetto retroattivo, affinchè sieno salvi i dritti già acquistati: e per l'opposto nessun dritto potè venire a checchesia dalla frode del notaro, e dalla falsmenzione del registro, e molto meno a chi era estraneo al contratto, e non ancora aveva il pensiere di farsi compratore dello stabile. Oltrechè alle leggi è tolta la retroattività in quanto alla sostanza, e non già in quanto agli effetti de' contratti: per esempio le leggi nuove non hanno potuto togliere la loro forza alle antiche ipoteche, ma imponendo la necessità delle iscrizioni ne hanno per l'avvenire regolati, e circoscritti gli effetti. Or non è quistione della natura, e del vigore del contratto di anticresi, ma della conseguenza in quanto a' suoi effetti a riguardo della ritardata registrazione. In somma se un tal ritardo è stato riguardato dal legislatore colle sole mire della pubblica utilità, e dell' interesse dell'erario, non ha potuto produrre in favor in un privato alcun dritto, che osti alla retroattività dell' ultima legge.

» Atteso le cose fin qui esposte, conchiudiamo, che il primo motivo si rigetti, e che, accogliendosi il secondo, venga annullata la corrispondente parte della decisione.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso: visti gli articoli 1317 1319 e 1328 dell' abolito

cod. civ., l'articolo 1 del decreto de' 3 gennaro 1809 sul notariato, e gli articoli 2 12 32 47 e seguenti del decreto de' 3 gennaro 1809 sulla registrazione, e conservazione delle ipoteche.

» Attesocchè gli atti autentici ricevuti da pubblici uffiziali con le sollennità richieste dalla legge fanno piena, e pubblica fede da loro stessi di quanto in essi è contenuto, e mentre hanno sempre data certa in virtù della testimonianza dell' uffiziale pubblico, che l' appone in essi, fanno fede anche in faccia ai terzi, ed assicurano, che la cosa, che contengono sia stata senza dubbio eseguita al tempo che in essi è designato.

» Attesocchè accade poi il contrario negli atti per privata scrittura, i quali potendo essere antidatati, son posti in eccezione dalla legge ogni qualvolta toccano l' interesse de' terzi. Perciò era detto nell' articolo 1328 dell' abolito cod. civ., che la loro data non era computabile riguardo a' terzi, che dal giorno in cui venivano registrate, o dal giorno della morte di colui, o di uno di coloro, che l' aveano sottoscritte, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture restava comprovata da atti distesi da pubblici uffiziali in processi verbali di sigillamento, o inventario.

» Attesocchè nasce dalle cose predette, che il registro è uno de' mezzi da fissare la data certa alle scritture private in faccia ai terzi, ma non già agli atti autentici, i quali per la loro natura, ed in forza delle sollennità di cui sono investiti presentano sempre per certa, ed indubitata la data loro originaria.

» Attesocchè quantunque la legge richegga il registro degli atti autentici, questo non è per fissare la loro data in faccia ai terzi, ma è soltanto per assicurare, e conservare la data medesima, locchè suppone, che la loro data già esista, non potendosi conservare ciocchè non è. Tutto questo è dichiarato nel decreto de' 3 gennaro 1809 riguardante il registro, che unicamente vigeva al tempo del contratto in disputa.

» Attesocchè mentre nel decreto suddetto vennero fissati termini di rigore per lo adempimento del registro anche per gli atti autentici, pure alla scadenza di questi termini non si fulminò giammai pena alcuna di nullità, o di decadenza di data sul conto degli atti stessi. Altro non si disse, se non che di non potersi fare alcun uso degli atti, sottoposti al registro, prima della loro registrazione: ed essendosi messa a carico de' pubblici uffiziali autori dell' atto la registrazione medesima in caso di mancanza, vennero comminate loro delle pene, e delle ammende, non toccandosi però giammai la fermezza, la verità, e l' autenticità degli atti stessi, sebbene tardivamente registrati.

» Attesocchè nella specie concorre un' atto autentico stipulato nel dì 12 novembre 1811 tra il signor Duroni, ed il barone Archimia, nel quale quantunque il notaro avesse falsificato sulla matrice l' atto del registro, segnandolo colla data del dì 20 luglio 1822 pure questa falsità restò poi corretta col vero atto del registro, che se ne fece, e che venne notato sulla copia di prima edizione esibita in giudizio nella gran corte civile. L' avvenimento della prima registrazione falsa non venne a nuocere a veruna persona terza interessata sopra la casa Alchimia, ne a veruno de' suoi creditori iscritti, fra i quali vi era il signor Iazeolla, con cui ora è la causa. Anzi Jazeolla seguendo la fede del conservatore delle ipoteche, il quale non avvertendo la falsità del registro adempì alla iscrizione nell' uffizio, del credito del signor Duroni, riconobbe, e trattò Duroni, come un creditore di Alchimia utilmente iscritto, e per tale lo citò nel giudizio di purgazione, che venne poi ad istituire sulla casa in disputa.

» Attesocchè i primi giudici, avanti ai quali si fece rilevare per la prima volta la falsità del registro apparente dalla matrice dell' istrumento di Duroni, bensì condussero nel non far conto della copia di tale istromento portante un registro falso. Si uniformarono essi alla legge, che mentre proibisce alle parti di far uso delle carte non registrate, vieta ancora ai giudici l' ammetterle in giudizio: e lo stesso era il presentare un registro falso, che il presentare una carta senza registro. Ma la gran corte civile, avanti alla quale si presentò poi l' atto adempiuto già del vero registro non poteva non ammetterlo, quantunque

tardivo; ed ammettendo l'istrumento doveva valutarlo per atto autentico qual'era, rispettando in esso la data originaria insieme con tutte le altre cose, che vi si contenevano. Il registro tardivo era stato purgato coll'esazione della multa: la falsità commessa dal notaro nella prima registrazione sarebbe stata esperibile contro di lui se si fosse trovato vivente. Tutte queste cose però niuno interesse apportavano al signor Jazeolla, e per nulla offendevano l' autenticità dell' istrumento, e la certezza della data sua originaria.

» Attesocchè nella specie non erano applicabili i reali decreti del 1816; e 1819; come leggi posteriori all'atto autentico del 1812; cui si trattava; e quindi qualunque fosse l' intelligenza di questi reali decreti, la gran corte civile inutilmente venne ad occuparsene; ed è perciò, che questa corte suprema ne ha creduta superflua ogni discettazione.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla quella sola parte della decisione impugnata, colla quale si è dichiarato, che l' istrumento de' 12 novembre 1811 registrato a'20 luglio 1822 sia inefficace a mantenere esso signor Doroni nel godimento della bottega a lui data in anticresi collo stesso istrumento, facendogli salve soltanto le ragioni in linea creditoria da sperimentarle in giudizio di collocazione; ed ordina che per tutto il dippiù la decisione medesima si esegua. Per la parte annullata rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera, rimettendo le cose nello stato in cui erano prima di pronunziarsi la denunziata decisione; ed ordina di restituirsi al ricorrente il deposito.

§. 8. » I registri de' mercatanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate contra quei che non sono mercanti: salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento. *Art.* 1283 *leg. civ.*

Su le parole *non fanno pruova* osserva Maleville » che non fanno pruova completa di ciò che i mercatanti dicono di aver somministrato; cosicchè in forza del solo estratto di questi libri non possono al certo i giudici condannare un particolare al pagamento, ma fanno però sempre una qualche pruova. Altrimenti i giudici non sarebbero autorizzati a deferire il giuramento al mercatante non permettendo l' articolo 1367 (1321) di deferirlo, quando la dimanda è interamente priva di pruove.

» Tale ancora era l' uso per lo passato secondo il parere di Dumoulin, ma conviene osservare, che il deferire il giuramento è rimesso all' arbitrio dei giudici, i quali certamente non debbono farlo se non quando il mercatante gode di una buona riputazione che i suoi libri sono esatti, e che le addotte somministrazioni sono verosimili. Ora il ponderare tutto ciò si commette alla loro prudenza.

» Io credo che il signor Bigot abbia preso abbaglio allorchè ha avvisato che il giuramento di cui fa motto l'articolo fosse quello da deferirsi al particolare dallo stesso mercatante. Questi non ha bisogno di registri per deferire il giuramento al suo debitore. Oltracciò l' uso è contrario a questa interpetrazione.

» Su le persone *che non sono mercanti* deesi inferire che i registri de' mercanti fanno pruova contra i registri di altri mercanti. Così praticavasi eziandio per lo passato, e si tenea sempre che i registri, quando però si ritrovavano ben ordinati, facessero una pruova maggiore contra i mercanti, e contra altri individui. Che se i registri di due mercanti fossero di accordo, i giudici dovrebbero decidersi in favore di colui che godesse una migliore riputazione, e le cui partite fossero più probabili, e più verisimili. *Maleville. Osservaz. su l' art.* 1329 *del codice civ.*

Le leggi di eccezione per gli affari di commercio concordano colle disposizioni contenute in questo articolo; e spiegano il caso in cui il giuramento viene di solo ufficio a deferirsi al commerciante.

» Tutti i libri di commercio regolarmente tenuti possono venire ammessi dal giudice per pruova tra commercianti in affari di commercio, ma non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate, contra quei che non sono commercianti: salvo al giudice di deferire al commerciante il giuramento di uffizio. *Art.* 24 *leg. di eccez. per gli aff. di com.*

Pothier su l'autorità di Boiceau par. 2. cap. 8, osserva a di più che quanto risulta dai libri del mercante esige, che » sia corroborato da altri indizj; come, per es. che il reo convenuto fosse solito a provvedersi da quel mercante, e comprare a credito. Un tal fatto ed altro simile essendo ammesso, o in caso di opposizione provato con testimoni, si dee, riguardo alle somministrazioni inscritte nel suo libro, rimettere alla di lui affermativa.

» Si può aggiungere ancora che per deferire il giuramento ad un mercante contro un particolare, sulla verità delle somministrazioni inscritte nel di lui libro non debbano le medesime ascendere ad una somma eccedente, e che sieno proporzionate al bisogno che ne abbia potuto avere il reo convenuto. Per es. non sarebbe verosimile la somministrazione se si trovasse scritto sul libro del mercante, che mi avesse venduto dieci braccia di panno nero in un anno, mentre quattro basterebbero per un abito occorrente in tutta l'annata. *Pothier. Trat. delle obblig. vol. 4 n. 720 721.*

§. 9. » I libri de' mercatanti fanno pruo» va contro di essi: ma colui che vuole trar» ne vantaggio, non può scinderli in ciò » che contengono di contrario alla sua pre» tenzione. *Art. 1284 leg. civ.*

Questo articolo ritiene le medesime parole contenute nell'articolo 25 delle leggi di eccezione per gli affari di commercio.

Su la pruova intanto che i libri de'mercanti fanno fra loro è da osservarsi che le indicazioni debbono essere rilative a generi somministrati, ed a somme soddisfatte; e si aggiunge con Pothier che » ciò ha luogo, benchè la cosa fosse stata scritta da mano diversa da quella del mercante, purchè consti esser quello il giornale di cui egli si serve; perciocchè essendo egli il possessore del giornale si presume che le annotazioni ivi comprese furono fatte col di lui consenso. Molineo ad *l. 3 cod. de reb. cred.*

» Lo stesso autore adduce per prima eccezione a questa regola che se il giornale di un mercante debba far fede contro di lui per la somma di cui è debitore ad alcuno, è necessario comunemente che vi sia espressa la causa del debito; perciocchè non potendosi costituir debito senza causa, e la sola annotazione, non formandone uno, non può essere appoggiata la domanda, finchè non ne appaja la causa analoga.

» Ma basta che apparisca una causa almeno per presunzione, e congettura. Quindi, se un mercante ha scritto sul suo libro di essere debitore di una somma ad altro mercante, sebbene egli non ne abbia espressa la causa, il suo libro farà fede contro di lui, se quest' ultimo è solito a somministrargli mercanzie di suo commercio; perchè in tal caso si presume che la causa del debito è la somministrazione di tali mercanzie. Molineo ivi.

» La seconda eccezione addotta da Molineo è che si debba prestar fede al solo giornale, e non a carte volanti che si fossero trovate unite al giornale.

» La terza eccezione è che il giornale di un mercante non fa fede contro di lui in mio favore, allorchè simultaneamente io intenda di farlo valere contro di lui, e non voglia ch' egli se ne serva contro di me; perciocchè non è permesso di trarre una prova da un documento rigettato. *Nam fides scripturae est indivisibilis. Molineo ad L. si ex falsis cod. de transact. Pothier. Trat. delle obbligaz. vol. 4. n. 723.*

§. 10. » I registri e le carte domestiche » non formano pruova a favore di colui che » le ha scritte: fanno però fede contro di lui:

» 1. in tutti i casi ne' quali enunciano » formalmente un pagamento ricevuto:

» 2. quando contengono una espressa men» zione di aver fatto tal notamento per sup» plire la mancanza del titolo a favor di co» lui, a vantaggio del quale esprimono una » obbligazione. *Art. 1285 leg. civ.*

È canone consagrato dall' imperatore Galieno, che il debitore non possa esser convinto dalla propria scrittura, anche negl' interessi fiscali.

« Exemplo perniciosum est, ut ei scripturae credatur qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit; unde neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere oportet *L. 7 cod. de probationibus.*

Casus. Sive fiscus, sive alius quilibet in

rationibus suis scribat quod sibi debitum sit non tamen huic scripturae creditur. »

L' imperator Filippo però rescrisse che la privata scrittura produce una prova completa allorchè è accompagnata da altre circostanze relative a ciò che contiene.

» Instrumenta domestica, seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur ad probationem sola non sufficiunt. *L.* 5 *cod. eod.*

Casus. Si inveniantur instrumenta in domo mea in quibus scripsi non deberi aliquid Titio, non adjecta causa, ex qua, ea per se sufficiant ad debiti probationem quaeritur? dicitur quod non, et cum aliis probationibus valent. »

Può il creditore elevare a prova del suo credito ciò che il debitore nel chiudere i conti enuncia dover dare? Cujacio sostiene l' affermativa.

» Probatio soluti sumitur recte ex rationibus recepti confectis a creditore. Videtur etiam ex iisdem rationibus a debitore confectis sumi posse probationem crediti, cum etiam olim rei ex suis tabulis damnarentur. Veruntamen non coguntur rei actori edere rationes suas, ut ex eis scilicet confirmet intentionem suam, ut probet sibi deberi, etiamsi contendat debitorem pecuniam suam retulisse in brevia, nisi officio judicis, ubi aequitas eum moverit, et in causa civili tantum. *Cujacii comment. in tit.* 19 *lib.* 4 *cod. de probationibus.*

Stabilita la massima che i registri e le carte domestiche di un particolare non fanno prova contro di lui, fanno prova contro di noi? Pothier su la dottrina di Boiceau parte 2 cap. 8 n. 14 distingue il caso o che la nostra annotazione tendesse ad obbligare alcuno verso di noi, o che tendesse a liberare un nostro debitore.

» Nel primo caso per es. se ho scritto sul mio giornale, e sul libro de' ricordi che ho ricevuto in imprestito venti scudi da Pietro, Boiceau pensa che se questa annotazione fatta sul mio giornale o libro di ricordi, è firmata da me, faccia prova completa contro di me, e de' miei eredi; e che se non è firmata fa semi-prova da corroborarsi da qualche indizio.

» Io trovo plausibile la distinzione di Boiceau, ma per tutt' altra ragione che quella da esso allegata. Allorchè non è firmata nel mio giornale la nota concernente un tal prestito, pare che quella non fu fatta che per render conto a me stesso; e non può servire al creditore di pruova del prestito, che mi ha fatto: non avendo il creditore alcun mio obbligo da produrre, si presume che egli me l' abbia reso allorchè fu da me pagato, e che essendone garantito dalla restituzione dell' obbligo, ho dimenticato di cancellare quest' annotazione, e di menzionare il pagamento fatto. Allorchè poi avrò firmata questa nota, la mia firma indica che ciò fu da me fatto colla intenzione che quella servisse di pruova al creditore; in conseguenza questi potrà valersene.

» Benchè non abbia firmata la nota, se d' altronde ho dichiarato o fatto conoscere che io l' aveva fatta colla intenzione che essa facesse pruova di prestito, pel caso di mia premorienza; se per es. ho dichiarato con questa nota che il creditore nell' atto del prestito non ha voluto ricevere da me alcun obbligo in iscritto, in tal caso la nota farà pruova di debito contro di me e miei eredi.

» Allorchè poi la nota anche sottoscritta è cancellata non può servir di pruova al creditore; anzi la cancellazione prova che ho restituita la somma, nel caso però che il creditore non abbia verun altro titolo.

» Ora si passi al secondo caso, come sarebbe quando l' annotazione fatta sul mio giornale non tendesse ad obbligar me, ma a liberare il mio debitore, come per es. se avessi scritto sul mio giornale i pagamenti che egli mi ha fatti. Non vi ha dubbio che in tal caso quanto sta scritto sul mio giornale forma piena prova a favore del mio debitore sia o no firmata la nota; poichè la liberazione è favorevole. *Pothier. Tratt. delle obbligaz. vol.* 4 *n.* 724.

In proseguire ancora l' analisi su le parole di *carte domestiche* aggiunte alle parole *registri* osserviamo con Toullier, che con esse non bisogna intendere tutte le carte scritte, tutti i fogli volanti firmati o non firmati che si trovano alla morte di una persona, ma soltanto i registri, libretti de' ricordi, quaterni ec. dei

quali il defunto era solito servirsi, per rendersi conto de' suoi affari domestici, del suo introito, e del suo esito, dei suoi debiti, o crediti, di tutto ciò che riguarda la economia della sua casa, per conservare la memoria delle cose che potevano interessar lui, la sua famiglia, o i suoi figli, ed i suoi domestici. Di questi registri o libretti de' ricordi, qualunque nome voglia darsi loro, intende parlare il sopra indicato articolo coll' espressioni di *registri*, e *carte domestiche*.

» La sua disposizione non si applica dunque ai fogli volanti, ed alle carte firmate o non firmate trovate alla morte del defunto, e che non hanno la stessa stabilità dei libri, o registri destinati a notarvisi i proprj affari domestici. *Toullier. Corso di dritto civ. tomo* 8. *n.* 399.

Ci fa riflettere in secondo luogo il medesimo giureconsulto che il codice dispone come Pothier, che i libri facciano prova contra colui che li ha tenuti, quando contengono una espressa menzione di aver fatto tal notamento per supplire la mancanza del titolo a favor di colui, a vantaggio del quale esprimono una obbligazione.

» Ma vuole inoltre che facciano fede contro di lui in tutti i casi nei quali enunciano formalmente un pagamento ricevuto.

» Questa disposizione sembra equivoca: da una parte si può dire che è generale, e che si applica a tutti i casi ne' quali il notamento enuncii la ricevuta di una somma. Prendendo l' articolo in questo senso, se il notamento portasse che Tizio ha ricevuta la somma di 300 fr. che Cajo gli ha dato a mutuo, che dee a Cajo la somma di 300 fr. per ragion di mutuo, il che vale lo stesso, questo notamento, ancorchè non sottoscritto, formerebbe una compiuta prova contro Tizio senza che vi fosse bisogno di ricorrere alla prova testimoniale, o ad altri amminicoli contro la dottrina di Boiceau, Danty, e Pothier.

» Dall' altra parte si può rispondere che la generalità dell' espressioni *in tutti i casi* è ristretta dalle ultime parole della disposizione, che riguardano soltanto *un pagamento ricevuto*; ciò che annunzia che qui non si tratta se non di un notamento liberatorio, che fa prova in tutti i casi in favore del debitore: imperciocchè secondo la proprietà de' termini, un pagamento suppone una cosa che ci è dovuta. Colui che ci fa un mutuo non paga, egli non era nostro debitore; esso diviene nostro creditore.

» Se a ciò si aggiunge che i redattori del codice si sono di rado allontanati dalle opinioni di Pothier, si giunge a pensare che l' ultima interpetrazione è la sola che sia nello spirito del codice. *Toullier. Corso di dritto civile tomo* 8. *n.* 402.

Su la *espressa menzione* osserva poi Delvincourt » Perciò non basterebbe che fosse detto: *imprestata la tal somma alla tale persona*, è d' uopo ancora che il debitore abbia soggiunto e *per servirgli di ricognizione*, o altra frase equivalente. Credevasi per lo addietro che la menzione del mutuo bastava quando era sottoscritta: che nel caso contrario essa faceva soltanto una semiprova, la quale aveva bisogno di essere corroborata da qualche indizio. Il codice non ha ammesso questa distinzione: in tutti i casi esso esige la menzione addizionale, che ciò dee servire di ricognizione al creditore. Si è creduto che l' annotazione dell' imprestito potrebbe essere stata apposta nell' idea che l' autore aveva di prestare del denaro ch' egli poi non ha prestato realmente. Checchè ne sia bisogna stare ben attenti che se questo articolo fa conoscere le condizioni necessarie onde queste annotazioni facciano sole, e per se stesse pruova completa, non toglie però ai giudici la facoltà di ritrarre da esse, combinandole con altri indizj, la pruova di una obbligazione, e ciò a norma dell' articolo 1353 (1307 *l. c.*) Non potrebbesi riguardare un semplice notamento d' imprestito come quello che in certi casi forma un principio di pruova per iscritto sufficiente a far ammettere la pruova testimoniale, ec. ec.

» Che dee dirsi se l' annotazione è cancellata? Si dee conchiudere o che il prestito non ebbe luogo o che fu rimborsato. *Delvincourt. Nota* 472 *al tit.* 5. *lib.* 3. *t.* 6.

» §. 11. Qualunque annotazione scritta dal
» creditore nella fine, nel margine o nel dorso
» del titolo che sia continuamente restato
» presso di lui, fa fede, quantunque non li

» abbia sottoscritto nè vi abbia apposto la
» data, quando tenda a dimostrare la libe-
» razione del debitore.

» Lo stesso ha luogo per l'annotazione
» scritta dal creditore nel dorso, nel margi-
» ne o appiè del duplicato di un titolo, o
» di una quietanza; purchè tal duplicato si
» trovi presso del debitore. *Art.* 1286. *Leg. civ.*

» Ammette il progetto » dice il tribuno Mouricault » che indipendentemente dai registri e carte domestiche, una scrittura quantunque non firmata può ancora qualche volta far fede; ma su tal proposito esso è con ragione più riservato di Pothier.

» Costui va troppo oltre quando afferma che una quietanza completa, in fuori della sola eccezione della firma, può in mano del debitore far presumere il pagamento; che le quietanze benchè non firmate e sebene scritte da una mano straniera produr possono la stessa presunzione quando si trovano in fine o al di sopra una promessa firmata dal debitore, o trovasi nelle mani del creditore; che tutte queste scritture non firmate debbono far presumere il pagamento, anche quando si trovano cancellate; finalmente che una scrittura non firmata la quale tende ad aggiungere all'obbligazione dee far fede ella stessa se si trova nel fine, in margine, o sopra il titolo, quando è in relazione con lui, ed è di mano dell'obbligato. Non vi è bisogno di fermarsi a dimostrare che tali abilitazioni sono eccessive, e che potrebbero portar seco dei strani errori, e gravi ingiustizie.

» Il progetto si è meglio regolato di non favorire che la liberazione, ed anche non attaccare la presunzione se non alla scrittura dal creditore trovata intatta sul titolo, che egli medesimo possiede, o sul duplicato rimasto al debitore, o anche su di una quietanza già data al medesimo. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 61.

Nella corte di appello di Metz con decisione de' 23 frimale anno 13 si stabilì la giurisprudenza, che depositato presso un terzo un titolo di credito, e questi vi abbia posto la ricevuta della somma, il credito si ha per estinto.

» *Fatto.* Dopo la morte del signor Landrangin avvocato e notaro, la di lui vedova rimette agli eredi Gregoire, una polizza sottoscritta a favore del loro autore dal signor Anceaux, e di cui il signor Landragin era depositario.

» A tergo della polizza era scritta di mano del signor Landragin una ricevuta di 1273 lire in data delli 12 novembre 1779.

» Gli eredi Gregoire muniti di un titolo, ne reclamano il pagamento.

» Anceaux pretende che ha pagato; che la ricevuta del signor Landragin n'è la prova; offre solamente 275 lire di cui rimaneva ancora debitore.

» Sentenza conforme.

» Appellazione interposta dagli eredi Gregoire.

» Sostengono che lo scritto fatto a tergo della polizza non fa prova alcuna contro di essi, poichè non è di loro mano nè di quella del loro autore; che l'atto non essendo giammai rimasto in loro potere, la ricevuta di cui è munito gli è assolutamente estranea; che possono farla valere contro di quelli che l'hanno data, ma non può in alcun modo essergli opposta.

» In qualunque caso, se essi non ottengono il loro rimborso, domandano che gli eredi Landragin siano tenuti a garantirli di questa somma, o a giustificare la consegna che hanno dovuto farne.

» Anceaux domanda pure, come avanti i primi giudici, di essere garantito in caso di condanna; e fa valere di più le ragioni adottate nella decisione seguente.

» La corte,

» Considerando che le ricevute altergate alla polizza contenuta in privata scrittura operano la liberazione del debitore, quando la polizza è rimasta in possesso del creditore.

» Che per alienare l'applicazione di questa massima consacrata dall'art. 1332 del codice civile, pretendesi indarno che la polizza di cui trattasi, non fosse in possesso di Gregoire creditore.

» Che è provato in fatto, ch'è stata consegnata prima della scadenza al defunto Landragin li 20 ottobre 1779.

» Che tutte le probabilità si riuniscono onde argomentare che gli sia stata consegnata dal momento stesso della sua formazione e

che Gregoire non l'ha giammai posseduta; che risulta da ciò che la polizza non essendo giammai sortita dalle mani del depositario che il creditore aveva scelto, la ricevuta di 1275 lire libera per equivalente il debitore.

» Che è inutile esaminare il merito della domanda che Anceaux fosse inammissibile a replicare in appello; poichè ha aderito alla sentenza emanata in prima istanza;

» Che gli eredi Gregoire non hanno alcun'azione contro la vedova ed eredi Landragin, ond'esigere la consegna delle 1275 lire portate nella ricevuta altergata alla polizza.

» Che il defunto Landragin, quando è stato costituito depositario, non ha dato ricevuta; che se n'è riportato alla sua buona fede; ch'egli che non era allora obbligato con scrittura, non aveva bisogno di una liberazione in iscritto; che questa domanda è d'altronde diretta contro una vedova ed eredi che hanno agito di buona fede consegnando la polizza ch'essi avrebbero potuto ritenere o lacerare, ignorando tutto ciò che si è fatto nel lungo intervallo di tempo che è scorso dalla consegna fatta al loro autore fino a quella che hanno fatta agli eredi Gregoire.

» La corte

» Senza aver riguardo alle domande di Anceaux e degli eredi Gregoire li ha rigettati, colle spese ec. ec.

Delle tacche a riscontro, o *sia delle taglie*.

» §. 12. Le tacche corrispondenti a quel- » le di riscontro fanno fede tra le persone » le quali costumano di comprovare con tal » mezzo le somministrazioni che fanno e ri- » cevono a minuto. *Art.* 1287. *Leg. civ.*

» Le taglie o *tacche* » dice Jaubert » hanno ancora qualche rapporto coi titoli privati.

» Si chiamano taglie le parti di un pezzo di legno diviso in due, di cui due persone si servono per dinotare la quantità de' fornimenti che una di esse fa giornalmente all'altra. Per questo effetto il provveditore e 'l consumatore hanno ciascuno un pezzo di legno. La parte che il mercatante il quale fa le provvisioni ha in suo potere si chiama taglia o *tacca*, l'altra si chiama *mostra*.

» Nel tempo de' fornimenti si uniscono le due parti del pezzo di legno, e per impiegare l'espressione usata vi si fanno delle tacche le quali dinotano la quantità delle provviste, come sono le taglie dei fornari.

» Le taglie corrispondenti alle di loro mostre fanno fede tra le persone che sono in uso di provare in tal guisa le provviste che fanno; e ricevono a minuto. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 60.

Delle copie de' titoli.

» §. 13. Le copie, quando esista il titolo » originale, fanno fede soltanto di ciò che si » contiene nel titolo di cui può chiedersi » sempre l'esibizione. *Art.* 1288. *Leg. civ.*

» Si chiama copia, al dir di Toullier, la trascrizione di un titolo, o di uno scritto qualunque fatta letteralmente, o sia parola per parola sull'originale.

» L'originale di un atto sotto firma privata è la scrittura firmata da tutte le parti contraenti.

» Se l'atto è unilaterale, non vi è ordinariamente che un solo originale delle scritture private, sottoscritto soltanto da colui che si obbliga. Questo atto è consegnato, per servirgli di titolo, a colui verso di cui si contrae l'obbligazione.

» Se l'atto contiene convenzioni sinallagmatiche, debbono esservi, in conformità dell'articolo 1325 (1279) tanti originali quante sono le parti che vi hanno interesse distinto, uno per ciascuna di esse.

» L'originale di un atto notariale è la scrittura distesa in presenza delle parti, de' notari, e de' testimonj instrumentarj, rivestita della firma delle parti che sanno sottoscrivere, e che contiene la loro dichiarazione di non potere o di non saper sottoscrivere, della firma de' notari, e de' testimonj. Questo originale è quello che si chiama la *minuta* dell'atto. *Toullier. Corso di dritto civile Tomo* 8. *n.* 412.

» §. 14. Quando non esiste più il titolo » originale, le copie fanno fede secondo le » seguenti distinzioni.

» 1. Le copie autentiche di prima spedi- » zione fanno la stessa fede dell'originale. » La medesima regola si osserva per le copie

» che sono state estratte per ordine de' magistrati, presenti le parti, o chiamate nelle debite forme; o per quelle che sono state estratte in presenza delle parti, e di loro reciproco consenso.

» 2. Le copie che senza autorità del magistrato o senza il consenso delle parti, e dopo consegnate quelle di prima spedizione, siano state estratte dalla matrice dell' atto del notaro, che lo ha stipulato, o da uno de'suoi successori, o da uffiziali pubblici, i quali in tale qualità sono depositarj delle matrici, possono, qualora fosse perduto l'originale, far fede, purchè sieno antiche.

» Si considerano come antiche quando abbiano più di trent' anni.

» Quando abbiano meno di trent' anni, non possono servire se non per principio di pruova scritturale.

» 3. Quando le copie estratte dalla matricé di un atto nol sieno state dal notaro che l'ha ricevuto, o da uno de'suoi successori, o da uffiziali pubblici che in tal qualità sono depositarj delle matrici, non potranno servire se non per un principio di pruova scritturale, qualunque sia la loro antichità.

» 4. Le copie di copie potranno secondo le circostanze essere considerate come semplici indizj. *Art.* 1289. *Leg. civ.*

Giustiniano dispose egualmente, che le carte estratte dai pubblici archivj facciano fede.

» Charta quae profertur ex archivio publico testimonium publicum habet. *Authent. Ad haec cod. de fide instr.*

In riguardo alle copie autentiche di prima spedizione alcune disposizioni della legge de' 23 novembre 1819 stabiliscono la loro norma, e 'l come si debbano esse intendere.

N.° 1.° » Il notaro rilascia ad ognuna delle parti interessate una prima copia autentica, o spedizione in forma esecutiva degl' instrumenti, ed atti fra vivi colla dichiarazione, che quella è la prima copia, o spedizione in forma esecutiva, e colla indicazione del nome della parte che la riceve, e sull'originale fa annotazione delle prime copie rilasciate.

» Per gl' istrumenti stipulati prima dell'attivazione della legge sul notariato, la spedizione delle copie in forma esecutiva si farà secondo le regole stabilite negli articoli 927 a 930 della terza parte del codice per lo regno delle due sicilie. (*Questi articoli sono appresso riportati in questo medesimo paragrafo*) purchè detti istrumenti sieno tali che per le leggi in vigore meritar possono la pronta esecuzione.

» Per ottenere la spedizione in forma esecutiva di un atto in brevetto basterà depositarlo presso di un notaro, il quale dopo di aver disteso l'atto di deposito, ed inserito in esso l'atto in brevetto potrà consegnare la spedizione in forma esecutiva. *Art.* 39 *Leg. de' 23 novembre* 1819.

N.° 2.° » Ogni prima copia autentica o spedizione esecutiva si rilascia in forma simile a quella delle sentenze, e decisioni giudiziarie. Essa comincia colla seguente formola: Regno delle due sicilie ec. ec. *Art.* 40 *idem.*

N.° 3.° » Il notaro non può rilasciare altra prima copia nella forma anzidetta senza le formalità prescritte sull' oggetto dagli articoli 927 a 930 della terza parte del codice per lo regno delle due sicilie sotto pena di destituzione. Nel caso che la copia sia fatta presenti, e consenzienti le parti, o per ordine del presidente del tribunale civile, citate le parti, il notaro ne fa la dichiarazione, ed indica il nome della persona che la riceve. *Art.* 41 *idem.*

N.° 4.° » Rilascia pure altre copie conformi alle parti stesse, ed a' terzi che ne abbisognassero, eccetto le copie de'testamenti quando sieno ancor vivi i testatori, le quali ai soli testatori potranno darsi. *Art.* 42 *idem.*

N.° 5.° » Tutte le volte che non si tratti di prima copia autentica, la copia conforme verrà rilasciata senz' alcuna dichiarazione richiesta dall' articolo 41. *Art,* 43 *idem.*

N.° 6.° » Le copie debbono essere perfettamente conformi agli originali, e collazionate dal notaro, e debbono portare il numero del repertorio segnato nell' originale, la copia di tutte le firme apposte nel rogito, la copia degl' inserti, la impressione del segno del tabellionato, e la sottoscrizione del notaro. *Art.* 45 *idem.*

N.° 7.° » La sottoscrizione esprime il no-

me del notaro, il suo cognome, la paternità, la residenza, e la qualificazione di notaro, attesta il fatto rogito, e l'apposizione del segno del tabellionato: dichiara se la copia sia stata trascritta di mano altrui, e termina colla data del giorno in cui è autenticata la stessa copia. *Art.* 46 *idem.*

N.° 8.° » Il notaro che rilasciasse dolosamente una copia discorde dall'originale è reo di falso. Se la copia non è secondo la forma prescritta nell' articolo precedente non si ha per autentica. *Art.* 47 *idem.*

Le copie che sono estratte per ordine de' magistrati, affinchè vengano considerate come autentiche, han bisogno delle formole stabilite dalle leggi di procedura civile; altrimenti non possono considerarsi valide a far fede. La norma vien dettata dagli articoli seguenti.

» La parte che vuol ottener copia di un atto non registrato, o anche rimasto imperfetto, presenterà la sua domanda al presidente del tribunale civile: salva la esecuzione delle leggi e de' regolamenti che riguardano la registrazione. *Art.* 924 *Leg. di proc. ne' giudizj civili.*

Il decreto de' 21 aprile 1817 stabilisce i precetti sul registro degli atti privati, distinguendo quelli che si rilasciano dai funzionarj publici da quelli che sono rilasciati dai publici uffiziali.

»»*Art.* 2. Sotto la denominazione di funzionarj publici si comprendono gl' impiegati delle Segreterie e Ministeri di Stato, gli agenti delle diverse amministrazioni dello stato, i sindaci, i conservatori delle ipoteche, gli archivisti de' publici stabilimenti, compresi anche quelli delle cure ecclesiastiche; ed in generale ogni persona cui sieno affidate pubbliche funzioni.

»»I detti funzionarj non potranno rilasciare copie, spedizioni, estratti, fedi o certificati di atti e scritture che presso di loro esistono, senza che sieno scritti in carta bollata di grana 12, e se prima a di loro cura e responsabilità non sieno adempiti di registro, sotto le pene comminate in caso di contravvenzione dell' articolo 30 della legge del dì 25 dicembre 1816, e dall' artic. 33 della legge de' 30 gennaro di questo anno.

»» *Art.* 3. Le copie, le fedi e le altre scritture menzionate di sopra, e registrate in conformità dell'articolo precedente dovranno essere sottomesse a cura de' funzionarj publici da cui emanano al *visto* gratuito del giudice di pace del circondario della loro residenza sotto pena di ducati 6. Senza questa vidimazione l' atto non potrà avere il menomo effetto nè in giudizio, nè fuori, a norma di ciò ch' è prescritto nell' articolo 15° della mentovata legge circa gli atti sotto firma privata.

»» *Art.* 4. Non sono compresi nelle disposizioni dell' articolo precedente gli atti, copie, certificati ed estratti rilasciati dagli uffiziali pubblici, come sono i notari, i segretarj generali delle intendenze, i segretarj de' consigli d' intendenza, quelli delle sotto intendenze, e quelli delle amministrazioni publiche, i cancellieri comunali, gli uscieri ed i cancellieri delle giustizie di pace, de' tribunali, delle corti di appello, delle corti criminali, della regia corte de' conti, e della corte di cassazione i quali in forza dell'articolo 6 del regolamento del dì 27 dicembre 1816 sono tenuti alla manutenzione del repertorio.»

Le medesime disposizioni colle pene corrispondenti sono dettate dai seguenti articoli della legge de' 25 dicembre 1816.

»» *Art.* 29. È vietato a' notari ed a tutti gli altri uffiziali pubblici di rilasciare spedizioni, copie, estratti o certificati degli atti di cui essi conservano minute, senza averle prima sottoposte alla formalità del registro.

»»Le copie e spedizioni degli atti giudiziarj sono sottomesse allo stesso obbligo.

»»*Art.* 30. Tutte le spedizioni, copie, estratti o certificati che fossero rilasciati in contravvenzione dell'articolo precedente, non produrranno verun effetto, e vi sarà luogo ad esigere una multa di ducati venti contra l' uffiziale che gli avrà rilasciati. »

Le leggi della procedura civile indicano inoltre il modo come le copie debbono rilasciarsi. Eccone le regole

N.° 1.° » Il rilascio della copia, se vi è luogo, sarà fatto in esecuzione dell'ordinanza trascritta in piè della domanda; e ne sarà fatta menzione a piè della copia rilasciata. *Art.* 925 *Leg. di proced. ne' giudizj civ.*

N.° 2.° » La parte che vuol farsi rilasciare una seconda spedizione esecutiva, o sopra l'originale di un atto, o in forma di una copia autentica sopra una prima spedizione esecutiva che sia depositata, presenterà per tal effetto una domanda al presidente del tribunale civile; ed in virtù dell' ordinanza relativa citerà il notaro ad eseguirne il rilascio nel giorno, e nell' ora indicata, e le parti interessate ad esservi presenti.

» Sarà fatta menzione in piè della seconda spedizione esecutiva di questa ordinanza, e della somma per cui sarà permesso di procedere alla esecuzione, se il credito è stato in parte soddisfatto o ceduto. *Art.* 927 *idem.*

N.° 3.° » I cancellieri ed i depositarj de' pubblici registri dovranno, senza bisogno di una ordinanza del giudice, e sotto pena delle spese, de' danni e degl' interessi, rilasciare spedizioni o estratti a tutti coloro che ne faranno richiesta, offrendo il pagamento de' loro dritti. *Art.* 931 *idem.*

N.° 4.° » Non sarà permesso di rilasciare alla parte stessa una seconda spedizione esecutiva di una sentenza, senza l' ordinanza del presidente del tribunale in cui sarà stata profferita la detta sentenza.

» Dovranno osservarsi le stesse formalità che sono state ordinate pel rilascio delle seconde spedizioni esecutive degli atti de' notari. *Art.* 932 *idem.*

Il §. 1 n. 2 dell' articolo in esame considera le copie come antiche capaci a far fede, quando abbiano più di trent' anni. Delvincourt che ne ricerca la ragione dice che» quella data da Pothier n. 736 è molto sterile, ed è da lui presa da Molineo, e stima poterne assegnare altra migliore. Eccola.

» Io ho contrattata verso di voi una obbligazione di 10 m. fr. Voi vi avete fatto rilasciare secondo l' uso una copia autentica o prima spedizione esecutiva. Indi senza mia saputa ve ne avete fatto rilasciare una semplice spedizione. Io vi pago ed esigo da voi la restituzione della prima copia appiè della quale vi fo mettere per mezzo di privata scrittura, la quietanza del rimborso. Io posso smarrire questo documento. Se la vostra spedizione facesse prova completa, ne seguirebbe che in capo a qualche anno voi potreste esigere per la seconda volta il pagamento. Ma quando questa spedizione ha trent' anni di data, non si può presumere che il creditore si sia da trent' anni preparato un mezzo di prova. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 6 *nota* 491 *al tit.* 5.

La corte di cassazione di Parigi con decisione de' 6 giugno 1812 adottò la massima che le copie estratte dal giudice da suoi processi verbali dei quali il cancelliere è il conservatore, e le enunciazioni di quanto vi è contenuto inserite nelle considerazioni di un giudicato come motivi della decisione, non fanno prova contro i terzi.

» *Fatto.* Caroillon Destillieres, che nell' anno 10 aveva comprato da Liury la possessione di Raincy lo rivendè a 20 ottobre 1806 ad Ouvrard per 800 m. fr. pagabili in lettere di cambio. Si era tra essi convenuto, che se le medesime non fossero adempite nella scadenza, il venditore potrebbe riprendere la sua proprietà, restituendo ciò che avesse ricevuto. Ouvrard era in possesso fin dall' anno 12.

» Seguin a cui Ouvrard doveva una somma considerevole prese una iscrizione ipotecaria sul fondo del Raincy.

» Ma le lettere di cambio non essendo state adempite, Destillieres chiese la esecuzione della clausola risolutiva inserita nell' atto di vendita, ed Ouvrard consentì allo scioglimento nel 2 settembre 1801.

» Destillieres rivendè la possessione del Raincy alla principessa Borghese, nelle di cui mani Seguin sequestrò le somme che doveva. Egli sostenne che la risoluzione era stata eseguita in frode de' suoi dritti, e che la vendita fatta ad Ouvrard avea ricevuta la sua piena esecuzione. In prova di ciò produceva due atti.

» Primo. Una sentenza del tribunale civile della Senna de' 20 germile anno 12, pronunziata su di una domanda del chiavettiere Vincent, il quale si doleva che Ouvrard gli avea fatto eseguire lavori per la tenuta del Raincy di cui era proprietario. Ouvrard sostenne che lo era, ed il tribunale diede atto a Vincent della dichiarazione di Ouvrard che egli solo è proprietario del Raincy, che i lavori fatti riguardando lui solo, sono as-

solutamente estranei a Caroillon Destillieres, in conseguenza ordinò, pria di far dritto; che i lavori sieno riveduti, e visitati ec. ec.

» Il secondo atto era una dichiarazione dello stesso Destillieres, enunciata in una ordinanza de' 4 gennaro 1806, emessa dal direttore del Giurì del medesimo tribunale, in seguito di una querela di scrocco proposta contro Ouvrard da Aynard il quale pretendeva che Ouvrard faceva uso di un falso credito per prendere a mutuo, sotto pretesto che era proprietario della tenuta del Raincy appartenente a Destillieres. In questa ordinanza si leggeva.

»» Che se il Raincy è stato originariamente comprato da Caroillon Destillieres, la dichiarazione che quest' ultimo ha fatto a 21 germile anno 13, colla quale positivamente confessa aver trasmesso questa proprietà ad Ouvrard che è rimasto suo debitore di una somma di circa 300 m. fr., e l' altra che il detto Destillieres ha fatto innanzi a noi nel 22 frimajo ultimo, colla quale positivamente conosce che in seguito egli è stato pagato, sembrano sufficienti per far considerare in avvenire Ouvrard come vero proprietario del Raincy; che dall' altra parte Ouvrard ha formalmente dichiarato col ministero del suo patrocinatore all' udienza del tribunale civile de' 22 germile ultimo, che egli solo è proprietario del Raincy. » »

» Destillieres sostenne che la dichiarazione di Ouvrard nella lite che questi ebbe con Vincent non poteva essergli opposta; che quella che si attribuiva ad esso Destillieres non era stata esattamente riferita dal direttore del Giurì; che d' altronde questa dichiarazione fatta in una causa estranea a Seguin, non poteva essere da lui invocata, nè trasferire ad Ouvrard la proprietà irrevocabile di una possessione venduta sotto condizione risolutiva.

» A 15 gennaro 1809 si profferì sentenza del tribunale di prima istanza della Senna; che conserva Destillieres nella proprietà di Raincy.

» In appello Seguin riprodusse i suoi mezzi ritratti dall' ordinanza del direttore del Giurì. Ouvrard, e Destillieres sostennero che le dichiarazioni di quest' ultimo, tali quali sono sommariamente, e per estratto riferite nell' ordinanza del direttore del Giurì non sono affatto conformi a quelle che egli aveva fatte: essi chiesero il deposito in cancelleria degli originali di queste dichiarazioni fatte innanzi il tribunale della Senna.

» Con un primo arresto de' 6 giugno 1809 la corte di Parigi ordinò questo deposito; ma gli originali di queste dichiarazioni non si trovarono prodotti tra gli atti. Ciò non ostante a 12 detto mese essa emise il suo arresto definitivo, con cui decise, che le confessioni o dichiarazioni di Destillieres consegnate per estratti nell' ordinanza de' 4 gennaro 1806 comprovavano pienamente la proprietà di Ouvrard, relativamente allla tenuta di Raincy. In conseguenza la sentenza di prima istanza fu riformata. Ricorso ec.

» La corte di cassazione ec. ec.

» Atteso che risulta dall' articolo 1040 (1116) del codice di procedura civile, che la legge attribuisce al cancelliere, esclusivamente ad ogni altro, il carattere necessario per rilasciare la spedizione degli atti di cui è depositario; e dagli articoli 1334 e 1335 (1288 e 1289) del codice che le copie, quando esiste il titolo originale, non fanno fede se non di ciò ch' è contenuto nel titolo, la di cui esibizione può sempre richiedersi, e che quando le copie estratte dalla matrice di un atto, di cui non esiste più l' originale, non lo sono state da un uffiziale pubblico, il quale in tal qualità sia depositario delle matrici, non possono esse servire se non di principio di prova scritturale.

» Atteso che la corte di appello di Parigi, dopo di avere da se riconosciuta questa verità, quando col suo arresto preparatorio de' 6 giugno 1809 aveva ordinato il deposito in cancelleria degli originali delle dichiarazioni fatte da Caroillon Destillieres, nella causa intentata da Aynard contro Ouvrard innanzi il tribunale di polizia correzionale di Parigi, se n' è nondimeno allontanata, quando nella mancanza della esibizione delle dette minute, ha preso per base della sua decisione definitiva, e riguardato come prova completa in pregiudizio di Destillieres, la menzione che n' era fatta nell' ordinanza del direttore del Giurì de' 4 gennaro 1806 ben-

chè la detta dichiarazione fosse impugnata d' incertezza da quest' ultimo, il quale aveva costantemente sostenuto che essa non rapportava tutto il tenore della sua dichiarazione; d'onde siegue che la indicata corte ha violato il mentovato articolo 1040 (1116) del codice di procedura, il quale non attribuisce, se non al cancelliere, il carattere, e la qualità per rilasciare le spedizioni degli atti di cui è depositario; che essa ha parimenti contravvenuto all'articolo 1334 (1288) del codice accordando piena fede alla copia delle dichiarazioni del detto Destillieres, quando la esattezza di questa copia, e la conformità delle dichiarazioni quivi contenute, non erano da lui riconosciute, che anzi erano formalmente contrastate; che altresì ha essa violati gli articoli 1334 e 1335 (1288 e 1289) dello stesso codice accordando intera fede ad una copia estratta da un uffiziale pubblico diverso da quello che era depositario della matrice, quando il detto articolo non ammetteva una tal copia se non come principio di prova scritturale.

» Atteso che nella supposizione che Destillieres fosse a trar vantaggio da una confessione fatta dalla parte avversa, in una lite perfettamente estranea a colui che volesse prevalersene, sempre sarebbe vero il dire che una tale confessione giudiziaria sarebbe indivisibile, e che a' termini dell' articolo 1326 (1280) del codice, dovrebbe essere accettata per intero, o per intero rigettata; d'onde siegue che tali dichiarazioni, ed accettazioni non potevano essere opposte al detto Destillieres, e che ammettendole la corte ha fatto una falsa applicazione dell' articolo 1356 (1310) del cod. civ. Cassa ec. ec.

§. 15. » La trascrizione di un atto nei » registri pubblici non potrà servire se non » per principio di pruova scritturale: ed » anche per questo sarà necessario

» 1. che sia certo di essersi perdute tutte » le matrici del notaro di quell' anno in cui » l'atto apparisce essere stato fatto; ovvero » che si provi essersi perduta la matrice di » tale atto per un accidente particolare.

» 2. che esista un repertorio del notaro » fatto regolarmente, donde apparisca che » l'atto fu fatto nella medesima data.

» Quando nel concorso di queste due cir» costanze verrà ammessa la pruova per mez» zo di testimonj, sarà necessario che ven» gano esaminati coloro che furono testimo» nj all'atto, se tuttora esistono. *Art.* 1290 » *leg. civ.*

Vedi l'articolo 4 del decreto de' 21 aprile 1817 nel §. precedente.

» Vi sono alcuni atti » dice elegantemente Jaubert » che aver non possono il di loro effetto intero che in quanto sono trascritti su i registri pubblici: per esempio, nello stato attuale della legislazione, gli atti che contengono vendita debbono essere trascritti sul registro del conservatore delle ipoteche del circondario, perchè la proprietà sia consolidata riguardo ai terzi.

» Questa trascrizione la quale è fatta da un funzionario assolutamente estraneo alla redazione dell'atto non può far fede per se stessa nel caso in cui il titolo originale più non esiste: ma come la presunzione è che il conservatore delle ipoteche non ha imprudentemente trascritto sul suo registro un atto che non ci fosse mai stato, si è pensato con ragione che questa trascrizione servir potrebbe di principio di pruova scritta. Tuttavolta conviene perciò di esser cosa costante che tutte le minute del notaro dell' anno nel quale l' atto sembra essere stato fatto, sian perdute; o che si provi che la perdita della minuta di questo atto sia avvenuta per un accidente particolare; finalmente che vi sia un repertorio in regola del notaro, il quale provi che l'atto siasi fatto nella stessa data.

» Quando mediante il concorso di queste circostanze la pruova testimoniale sarà stata ammessa, i testimonj dell'atto debbono essere intesi, se ve ne sono stati, e se ve ne sono ancora.

» Delineando le regole sulle copie degli atti, la legge non ha inteso parlare, che dei pezzi di scrittura i quali ricordino identicamente quanto trovasi nell'originale. *Esposiz. dei motivi sul cod. civ. n.* 60.

Degli atti di ricognizione e di conferma.

» §. 16. Gli atti di ricognizione non di-
» spensano dallo esibire il titolo primordia-
» le, se non quando il tenore di esso vi si
» trovi specificamente riportato.

» Tutto ciò che contengono di più del ti-
» tolo primordiale, o che vi si trovasse di
» diverso, non ha alcun effetto.

» Ciò non ostante se vi fossero più atti
» conformi di ricognizione avvalorati dal pos-
» sesso, ed uno di essi avesse la data di
» trent' anni, il creditore potrà essere dispen-
» sato dallo esibire il titolo primordiale. *Art.*
» 1201. *Leg. civ.*

Su la esposizione di uniforme articolo dice il tribuno *Jaubert.* » Quando si tratta di una prestazione annuale e perpetua, per esempio, di una rendita costituita in denaro, di una rendita fondiaria, spesso accade, soprattutto quando la costituzione della rendita rimonta ad un tempo antico, che vi siano stati tra il creditore ed il debitore, o i di loro eredi, o quelli che hanno causa; atti nei quali le parti hanno riconosciuto l'obbligo della prestazione.

» Questi atti sono qualificati per atti di ricognizione, nel senso che le parti hanno riconosciuto esse stesse l'esistenza di un titolo.

» Quale sarà l'effetto degli atti di ricognizione relativamente alla quota dell' obbligo?

» Qui non si tratta degli effetti che possono risultarne in materia di prescrizione, o pel debitore, o pel creditore. Noi parliamo dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale. Sotto questi generali rapporti adunque noi esaminar dobbiamo qual possa essere l'effetto degli atti di ricognizione rispettivamente al titolo primordiale.

» Un'antica regola è, che il titolo primordiale regger dee solo la esecuzione della convenzione. Nel titolo primordiale le parti hanno la loro volontà dichiarata: ivi solo hanno contratto.

» Gli atti di ricognizione non si sono fatti nella intenzione di contrarre. Il di loro oggetto non era che di ricordare un'obbligazione già esistente.

» Se dunque accadevano atti di ricognizione discordi dal titolo primordiale, è secondo la natura delle cose che tutto quello si trova discorde dagli atti di ricognizione non abbia effetto alcuno. E da qui nasce, che gli atti di ricognizione non dispensano dalla presentazione del titolo primordiale. Non si possono eccettuare che i casi in cui gli atti di ricognizione conterrebbero il tenore del titolo primordiale.

» Quando dunque un creditore viene a domandare ad un debitore la esecuzione del suo obbligo, il creditore non adduce per pruova del suo credito, che semplicemente atti di ricognizione, il debitore può richiedere che si presenti il titolo primordiale. Ecco la regola generale.

» Questa non potrebbe esser troppo molesta, se si trattasse di un titolo che monterebbe ad un epoca molto antica? Si conosce bene quanto di ordinario si offre nelle famiglie. Ve ne sono molte in cui le copie de' titoli non si conservano. Le divizioni, le assenze, il cambiamento di sito delle carte, gli avvenimenti che hanno luogo presso i notari, tutto ciò può impedire che non si trovi nè la minuta dell' atto, nè la sua copia.

» La giustizia e l'equità imponevano adunque che la regola generale la quale prescrive la presentazione del titolo primordiale, cessasse quando gli atti di ricognizione sarebbero sostenuti da un antico possesso. Nella stessa guisa quando vi sono più ricognizioni uniformi sostenute dal possesso, ed una di queste ricognizioni porta l'epoca di trent' anni, può il creditore essere dispensato dal presentare il titolo primordiale.

» Per atti di ricognizione non possono intendersi se non quelli i quali ricordono un titolo preesistente, e che contiene una obbligazione perfetta. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 60.

» §. 17. L'atto di conferma o ratifica di
» una obbligazione, contra la quale la legge
» ammette l'azione di nullità o di rescissio-
» ne, non è valido, se non quando vi si
» trovi espressa la sostanza della obbligazio-
» ne, il motivo dell' azione di rescissione,
» e la volontà di correggere il vizio su cui
» tale azione è fondata.

» In mancanza di atto di conferma o rati-

» fica basta che l'obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l'epoca in cui l'obbligazione stessa poteva essere validamente confermata o ratificata.

» La conferma, ratifica, o esecuzione volontaria nell'epoca e nelle forme determinate dalla legge, produce la rinunzia a' mezzi, ed alle eccezioni che potevano opporsi contra tale atto: senza pregiudizio però del dritto delle terze persone. *Art.* 1292. *Leg. civ.*

» Confermare un atto o ratificarlo » dice Jaubert » vale dargli una forza che non avrebbe avuta per se stessa.

» I giureconsulti avevano molto scritto sulla natura e diversa specie di conferma o ratifica.

» Quali erano quegli atti che esser potevano ratificati? Come mai la ratifica esser dovea espressa? In qual caso montar faceva l'obbligazione alla data del primo atto? Qual' era mai l'influenza della ratifica verso i terzi i quali avevano acquistati dei dritti sull'obbligo, nell'intervallo decorso tra il primo atto, e la ratifica?

» In questa occasione conveniva occuparsi sulle nullità, distinguere quello che era nullo radicalmente, o quello che era semplicemente nullo; ciò che era nullo assolutamente o ciò che lo era relativamente, vale a dire, quello che non produceva azione, o quello che semplicemente meritava una eccezione.

» Si era per questo nella necessità di entrare nelle astrazioni sulla incapacità dei contraenti, di far diverse classi d'incapaci, di analizzare i vizj che nascer potevano dall'oggetto della convenzione o dalla causa della convenzione.

» Conveniva far cessare tante incertezze; era d'uopo prima d'ogni altro allontanar da questa materia quei termini che meritano una definizione.

» Un'idea vera e semplice è, che non si può conservare e ratificare se non quello che ha realmente esistito, benchè mancante di forza per qualche difetto.

» Da ciò nasce, 1. Che non si può in alcuna materia, o confermare o ratificare delle pretese convenzioni, l'esistenza delle quali non è stata mai dalla legge riconosciuta; 2. Che in tutti gli altri casi la ratifica può aver luogo 3. Che mai i dritti dei terzi posson soffrir detrimento.

» La legge ha dichiarato che non poteva darsi convenzione senza oggetto o causa lecita.

» In questo caso non vi può esser dunque luogo a ratifica.

» Per quanto riguarda gli atti contro i quali la legge non ammette che la via della rescrissione, come gli obblighi dei minori, interdetti, e donne maritate, son suscettibili di ratifica.

» In tutti questi ultimi casi, l'obbligato avea la facoltà di proporre l'eccezione. Se rinunzia all'uso del suo dritto, l'obbligazione resta in piedi.

» Questa teoria si troverà intieramente nella legge. La ratifica o conferma può nascere da un atto formale o dalla esecuzione volontaria.

» Ciò che noi abbiamo detto si riferisce non solo ai vizj intrinseci negli atti, ma anche agli estrinseci, quelli che son prodotti dalla non osservanza delle forme.

» Benchè un atto non sia rivestito delle forme prescritte dalla legge, ciò non impedisce l'esistenza di un titolo qualunque; se il creditore agisce, può essere respinto; ma sempre conviene che l'obbligato facci uso della sua eccezione, poichè, se vi rinunzia, *volenti non fit injuria.*

» Le nullità di forme, possono dunque coprirsi col silenzio; donde nasce che questa specie di nullità può ancora esser supplita colla ratifica. *Esposizione de' motivi sul codice civile n.* 60.

La corte di cassazione di Parigi con decisione de' 27 marzo 1812 fissò la giurisprudenza, che un contratto nullo sostanzialmente, abbenchè sia steso in atto pubblico, non può valere come atto privato.

» *Fatto.* Nel giorno 19 giugno 1807 fu stipulato un contratto fra la signora Virbes, vedova Crepain da una parte, e dall'altra, i signori conjugi Fillon. Con quest' atto la signora Virbes, vendè ai signori conjugi Fillon tutti i suoi immobili per lo prezzo di 1. 2100 franchi di rendita vitalizia, di una botte di vino, e di 300 fascine 2. Col peso di pagare una rendita perpetua di 240 fran-

chi, dei quali la signora Crepain era debitrice; 3. Colla riserva del godimento di una casa con giardino.

» È degno di osservazione, che questo atto fu sottoscritto dalla venditrice per una parte, e dal signor Fillon per l'altra parte: la moglie del signor Fillon dichiarò non saper scrivere.

» L'atto di vendita di cui è quistione, del giorno 19 giugno 1807, ha ricevuto la sua piena, ed intera esecuzione per lo spazio di più anni. In effetto 1. la venditrice ha introitato per tre anni la sua pensione vitalizia, e ne ha dato le corrispondenti quietanze nei giorni 28 dicembre 1807, 28 giugno 1808, e 2 gennaro 1809; 2 con atti del 5 giugno, e 3 luglio 1809 essa ha fatto notificare ai signori conjugi Fillon il contratto stipulato ai 19 giugno 1807, perchè eseguito ne avessero tutte le clausole; 3 i signori conjugi Fillon per parte loro citarono la signora Verbes, vedova Crepain, innanzi al giudice di pace per conciliarsi su di una dimanda, che aveano progettato contra di lei, relativamente ad alcune chiavi, e ad un passaggio. Vi fu processo verbale di non seguita conciliazione nel giorno 19 luglio 1809, ed il titolo fondamentale dell'azione non fu in niun modo impugnato - 4. Le figlie stesse della venditrice hanno fatto eseguire quest'atto in loro vantaggio, contro la di loro madre, facendo sequestrare la rendita vitalizia dovuta dai conjugi Fillon con ottenere il consenso d'introitare per conto della di loro madre, ai 12 maggio 1809 dal signor Fillon esponente, talune somme che loro dovea la madre, e che in effetto introitarono nel 1 luglio 1809; - 5 nel 30 maggio 1809 la signora Virhes vedova Crepain avea preso iscrizione sopra i beni dei conjugi Fillon, in esecuzione del contratto vitalizio del 19 giugno 1807.

» Tre giorni dopo la morte della venditrice, cioè a dire nel 30 marzo 1810, le sue figlie hanno istituita un'azione ad oggetto di fare annullare la vendita, di cui è disputa.

» Le signore Crepain presentarono l'atto come una donazione mascherata, e come nullo per viltà, o per difetto di prezzo.

» Infine, le signore Crepain proposero un ultimo mezzo di nullità; tratto da ciò, che la data della minuta del contratto di vendita era alterata: esse sostennero, che il 19 giugno 1807 non era la sua vera data, ma una postdata; e dal perchè vi era data rasa, o cassata, alterata, conchiusero, che vi era difetto di data; e quindi la nullità dell'atto.

» Il tribunale civile di Fontenay, con sentenza resa nel giorno 8 maggio 1811, rigettò la dimanda delle signore Crepain, ed i loro pretesi mezzi di nullità, per la ragione, che non vi era nè dolo, nè viltà di prezzo, e che la data era sufficientemente indicata. Giova ricordare due de' suoi motivi.

» Considesando, » (vi è detto), che le diverse irregolarità, che si osservano nella minuta dell'atto di cui è quistione, non presentano che alcune leggiere imperfezioni, incapaci di farne pronunziare la nullità; che quantunque si voglia ammettere, che le parole ritoccate, le quali hanno definitivamente costituito la data di quest'atto, dovessero farlo considerare come privo di data, pur si troverebbe in questo caso assomigliato ad una scrittura privata, e sarebbe valido come tale, non ostante il difetto di firma della signora Fillon; essendo stato posteriormente eseguito da tutte le parti contraenti. » Le signore Crepain interposero appello.

» In appello i conjugi Fillon, con atto di patrocinatore del 24 gennaro 1812 osservarono, 1. Che ogni eccezione di nullità non potea proporsi ai termini dell'articolo 1338 del codice civile; per la ragione che l'atto avea ricevuto l'esecuzione la più volontaria, e la più intera, per lo corso di moltissimi anni, tanto per parte delle signore Crepain, che delle di loro figlie.

» 2 Che una cassatura sulle parole esprimenti il giorno, ed il mese; e la sostituzione delle parole 19 *giugno*, ad altre parole esprimenti un'altro giorno, ed un'altro mese, non era lo stesso, che omettere d'indicare il giorno, ed il mese; che perciò non si era al caso di pronunziare la nullità stabilita dagli articoli combinati 12, e 68 della legge del 25 ventoso anno 11, che l'atto essendo stato in origine datato, e non essendo viziato, che da cassature fatte sulla prima data, ad oggetto di sostituirvene una seconda, non ne risultava ai termini dell'arti-

colo 16, che una nullità delle parole cassate; e che siccome le parole cassate non erano di alcun effetto tra le parti, così la di loro nullità restava senza effetto.

» 3. Che se l'atto era nullo come atto pubblico, dovea valere però come scrittura privata, giacchè era rivestito della firma di tutte le parti; che il voto della legge era adempiuto ancorchè la signora Fillon non avesse potuto firmare; giacchè il di lei marito, che avea sottoscritto, era la sua parte solidale.

» 4. Che, in fine, se l'atto del 19 giugno 1807 era nullo, e come atto pubblico, e come scrittura privata, non ne seguiva però, che tra le parti non esisteva titolo sulla convenzione del contratto vitalizio; ma che la convenzione stessa restava nella sua integrità, salva la prova da farsi nei termini del dritto comune.

» La corte imperiale di Poitiers con decisione del 14 maggio 1812 dichiarò nullo, e senza effetto il contratto stipulato nel 19 giugno 1817. Ecco in quali termini è conceputa la decisione.

» Considerando, che risulta dai processi verbali fatti dal presidente del tribunale di Fontenay, che la minuta del preteso contratto vitalizio, di cui trattasi, differisce moltissimo dalla spedizione; che vi si sono lasciate delle linee in bianco; che molte parole sono cancellate, o rase nella detta minuta; che specialmente le parole per servire di data, sono coperte d' inchiostro, sono state tolte, e supplite con alcune altre parole grattate, che è impossibile di leggere, senza che vi sia alcuna approvazione delle dette cancellature, e cassature.

» Considerando, che ai termini dell' articolo 16 della legge del 25 ventoso, anno 11, sul notariato, le parole sopra cassate, o aggiunte nello spazio dell' interlinea, sono nulle, e considerate come non iscritte, che perciò l'atto di cui è quistione non è datato.

» Considerando, che a norma dell'articolo 12 della stessa legge del 25 ventoso, anno 11, gli atti debbono enunciare il luogo, l' anno, ed il giorno in cui sono stipulati, e che, in caso opposto, si cade sotto la sanzione penale dell' articolo 68 della mentovata legge.

» Considerando, che la pena pronunziata da quest' articolo 68 è la nullità degli atti, che se dispone, che ogni atto fatto in contravvenzione degli articoli 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66, 67, non è nullo assolutamente, e puol valere come scrittura privata, nel caso in cui è stato sottoscritto da tutte le parti contraenti, questa disposizione non può applicarsi in contravvenzione dell'articolo 12, il quale prescrive l'obbligo di datare gli atti, 1 perchè gli enunciati articoli 6, 8, 9, 10, 14, ec. sono solamente relativi alla competenza, ed alla capacità, sia de' notari, sia de' testimonj istrumentarj, ed all' omissione delle formalità puramente esterne, senza le quali l'atto quantunque spogliato della sua autenticità, deve ciò non ostante valere come prova della convenzione delle parti, che l'hanno sottoscritto, e non già in difetto di una parte essenziale dell'atto, qual' è la data; 2 perchè la intenzione del legislatore si è chiaramente manifestata nel mentovato articolo 68, non comprendendovi l'art. 12, nella enumerazione di quelli, la inosservanza de' quali non importa nullità, che nel solo caso in cui gli atti non sono sottoscritti da tutte le parti contraenti.

» Considerando, che anche nel caso in cui l'atto non datato valer dovesse come scrittura privata; non potrebbe ciò aver luogo, che quando l' atto fosse sottoscritto da tutte le parti.

» Considerando nel fatto, che l'atto, che da' luogo alla disputa non è sottoscritto dalla moglie dell'appellato, che si legge unitamente, e solidalmente obbligata con suo marito, e che ammettendo anche, che l' articolo 12 della legge del 25 ventoso anno 11, subir dovesse la modificazione prescritta dall' articolo 68 della medesima legge relativamente agli altri articoli, che vi sono numerati, pure il nostro atto sarebbe sempre nullo, poichè non è sottoscritto da tutte le parti contraenti.

» Considerando, che si oppone invano di essere stato l' atto eseguito dalla madre degli appellanti; 1 perchè i precetti di esecuzione, che essa ha fatti agli appellati, sono stati sempre accompagnati da proteste, e riserbe di volere dimandare la nullità di un con-

tratto, ch'essi arguiscono di dolo, e di frode, solamente per procurarsi i mezzi di sussistere, fino a che potesse fare annullare il mentovato contratto, 2 perchè la legge del 25 ventoso anno 11, particolare nella materia, pronunzia la pena di nullità contro gli atti fatti in contravvenzione degli articoli designati nell'articolo 68, che supponendo sempre, che l'articolo duodecimo debba esservi compreso, ciò non è che nel solo caso in cui gli atti fossero sottoscritti da tutte le parti, che non ha distinto il caso di esecuzione, o di non esecuzione, e che non deve distinguersi, quanto la legge non ha distinto; 3 perchè, non ostante ogni esecuzione del mentovato contratto, sia per parte della madre degli appellanti, sia per parte degli appellati, la moglie di quest'ultimo, che non lo aveva sottoscritto, poteva in caso di scioglimento di comunione, godere dell'obbligazione che sembrava avere contratto, e non ci era più reciprocità di legami; 4 perchè è impossibile di avere l'idea da una obbligazione ridotta in forma di scrittura privata, che non fosse sottoscritta da tutte le parti contraenti.

» Considerando, che sotto qualsivoglia rapporto si riguarda l'atto di cui è quistione, è sempre nullo, e che perciò diviene inutile di occuparsi delle diverse circostanze, che potrebbero provare, che esso non è il frutto del dolo, e della frode, che la convenzione contenuta nel medesimo non è il risultato di un prezzo, e praticato, per togliere alle figlie della vedova Crepain i beni che loro assicuravano la natura, e la legge: la corte facendo dritto all'appello prodotto dalla parte patrocinata da Bonceunes, avverso la sentenza resa dal tribunale di Fontenay nel giorno 8 maggio 1811, dice che è stato mal giudicato dalla detta sentenza, bene appellato; ed emendando, e facendo ciò che i primi giudici avrebbero dovuto fare, dichiara l'atto di cui è quistione nullo, e di niun effetto.

» Ricorso in cassazione. L'attore propone quattro mezzi, 1. Violazione dell'articolo 1338 codice civile, in quanto che la decisione impugnata nega ogni effetto all'esecuzione volontaria di un'atto nullo; 2: falsa applicazione degli articoli 12 e 16 della legge 25 ventoso anno 11, in quanto che la decisione considera come nullo per difetto di data un' atto datato, la di cui data è stata cassata; 3. Contravvenzione dell'articolo 68 della legge del 25 ventoso, in quanto che la corte imperiale nega di convalidare, come scrittura privata, una vendita eseguita con contratto pubblico, nulla, per difetto di forma quantunque sottoscritta dal venditore, e da uno dei compratori solidali; 4. Violazione dell' articolo 1134 codice civile, in quanto che la corte di Poitiers fa risultare la nullità delle convenzioni delle parti dalla nullità della scrittura destinata a provarle, senza prima esaminare se queste convenzioni fossero in altro modo sufficientemente provate. Ecco in qual modo si spiegava l'attore sopra ciascun mezzo elevato.

» 1.° Mezzo di cassazione. - Contravvenzione all'articolo 1338, in quanto che la decisione denunziata ha dichiarato nullo, e senza effetto un contratto, la di cui irregolarità era stata coperta dalla esecuzione la più costante.

» L'articolo 1338 codice civile è così conceputo.

» In mancanza di atto di conferma, o ratifica, basta che l'obbligazione venga eseguita volontariamente dopo l'epoca, in cui l' obbligazione stessa poteva essere validamente confermata, o ratificata.

» La conferma, ratifica, o esecuzione volontaria nell'epoca, e nelle forme determinate dalla legge, produce la rinunzia ai mezzi, ed alle eccezioni, che potevano opporsi contra tale atto, senza pregiudizio però del diritto delle terze persone ».

» La nullità, diceva l'attore, accolta dalla decisione impugnata, risultante da semplice irregolarità, o alterazione della data, non è sicuramente una di quelle nullità sostanziali, che rendono anticipatamente inutile ogni conferma, o ratifica, come, per ragione di esempio, i vizj indicati dall'articolo 1131, codice civile - La signora Virbes vedova Crepain, ha potuto dunque coprire colla conferma, e colla ratifica, le irregolarità esistenti nell'atto pubblico del 19 giugno 1807.

» La corte imperiale non potea dispensarsi di aver riguardo ai fatti di esecuzione formale, e reiterata, che il signor Fillon ricordava nel tempo della discussione.

» La corte imperiale ha pensato che ogni esecuzione fatta dalla venditrice, è relativamente all'atto del 19 giugno 1807, era senza valore, e non poteva equivalere a ratifica, nè offrire una rinunzia all'eccezione di nullità; dapoichè nel giorno 5 giugno 1809, citando gli esponenti per la esecuzione del mentovato atto, aveva dichiarato di riservarsi d' impugnarlo. In verità questa dottrina è tutta nuova: in tal modo il fatto di esecuzione sarebbe insignificante, allorchè si usasse l'espressione, che non si vuole eseguire ciò ch'è inconciliabile! - D'altronde la parola di protesta, nell'atto del 19 giugno 1809, non potrebbe distruggere l'effetto di tutti gli atti di esecuzione anteriormente contenuti, sia nella quietanza della rendita vitalizia di 2100 franchi, sia nella iscrizione ipotecaria presa nel 30 maggio 1809.

» È sembrato alla corte di appello, che la eccezione tratta dall'articolo 1338 del codice civile fosse nel nostro caso inapplicabile, giacchè l'articolo 68 della legge del 25, ventoso anno 11, che pronunzia la nullità dell'atto, non fa alcuna distinzione degli atti eseguiti, o non eseguiti. - Ma a questo proposito, bisognerebbe cancellare dal codice la disposizione invocata, per la ragione, che tutte le disposizioni legislative, che stabiliscono nullità, sono, o possono essere mute sull' effetto degli atti ulteriori, considerati come tendenti a coprire queste nullità. - L'articolo 1338 prescrive generalmente, che la esecuzione di un'atto equivale alla rinunzia delle nullità, che si potrebbero opporre contro di quest'atto: dunque quando la esecuzione è provata, non è permesso di esaminare se vi è nullità: la eccezione di nullità non può nè prodursi, nè ammettersi. È dunque ragionare *a contrario sensu*, col volere determinare l' effetto della renunzia, dalla maggiore, o minore estenzione, che comportasse in se la disposizione, che istabilito avesse la nullità. Dunque l' articolo 1338 codice civile è stato ben manifestamente violato.

» Il secondo mezzo di cassazione era tratto dalla falsa applicazione degli articoli 12 68 della legge del 15 ventoso anno 11, e dalla contravvenzione dell' articolo 16 della mentovata legge.

» Questi articoli sono conceputi nel seguente modo.

» *Art.* 12. Tutti gli atti debbono enunciare il cognome, ed il luogo della residenza del notaro, che gli stipula, sotto pena di 100 franchi di ammenda contro il notaro contravventore.

» Essi debbano parimente enunciare i cognomi dei testimonj, che concorrono alla stipulazione, la loro dimora, il luogo, l' anno, ed il giorno in cui gli atti sono celebrati, sotto le pene pronunziate dall' articolo 68, ed anche di falsità se vi ha luogo.

» *Art.* 16. Nel corpo dell'atto non vi sarà alcuna cassatura, interlinea, o aggiunzione, e le parole cassate, o aggiunte saranno nulle. Le parole che dovranno essere cancellate, lo saranno in modo, che il numero possa essere provato al margine della loro pagina corrispondente, o alla fine dell'atto, ed approvato nello stesso modo dalle postille scritte in margine, il tutto a pena di un'ammenda di 50 franchi contro il notaro, del pari che dei danni, ed interessi, e della destituzione in caso di frode.

» *Art.* 68. Ogni atto fatto in contravvenzione alle disposizioni contenute negli articoli 6, 8, 9, 10, 14, 20, 52, 64, 65, 66, e 67, è nullo, se non è rivestito della firma di tutte le parti; e allorchè l'atto sarà rivestito della firma di tutte le parti contraenti, valerà solamente come scrittura privata, salvo ne' due casi, se vi ha luogo, la condanna dei danni, ed interessi contro il notaro contravventore.

» Se le signore Crepain avessero fissato in fatto, che l'atto pubblico, di cui è quistione non era stato datato: se esse avessero documentato, che il notaro vi aveva omesso intieramente la data, o che aveva omesso solamente la indicazione, sia dell' anno, sia del mese, sia del giorno della celebrazione dell' atto, sarebbe allora cosa possibile il credere, che l'atto pubblico dovesse essere considerato nullo, come atto pubblico: per quanto rigoroso ciò possa sembrare, la dimanda avrebbe il suo motivo nella lettera della legge.

» Ma ciò non è stato fissato in fatto, nè è stato dichiarato costante. È stato ricono-

sciuto, che l'atto pubblico era stato datato mercè la indicazione dell'anno, del mese, e del giorno; che in seguito la indicazione del giorno, e del mese era stata cancellata nella minuta. La quistione era dunque di sapere se la cassatura in un'atto importa la nullità dell'atto.

» Or l'articolo 15 decide che non ne risulta la nullità dell'atto, ma la nullità delle parole cassate.

» Ciò posto, il contratto vitalizio sarà stato celebrato in quel giorno, ed in quel mese che si vorrà, ma infine egli avrà esistenza: e questa esistenza sarà anche indicata nell'anno 1807 poichè l'indicazione dell'anno non è stata cassata.

» La decisione porta, che se le due parole cassate sono nulle, non vi è più indicazione del mese, e del giorno; e che in difetto di questa indicazione la atto è nullo come atto pubblico.

» Ma ragionare in questo modo, vale lo stesso, che incorrere in un equivoco riprovato dal voto del legislatore. Sì, l'atto pubblico potrebbe essere nullo, se nella sua redazione non presentasse affatto la indicazione del mese, e del giorno. Tal'è il voto dell'articolo 12. No, non è nullo, se regolarmente datato nel tempo della sua redazione, sono state ulteriormente cancellate alcune espressioni indicanti il mese, ed il giorno. Tal'è il voto dell'articolo 16. Assomigliare i due casi, sarebbe lo stesso, che andare al di là della legge.

» E ben si concepisce una ragione di differenza. Il legislatore ha potuto, e dovuto essere severissimo per le irregolarità, che sono necessariamente il fatto del *notaro redattore*, che han dovuto, e potuto essere verificate, ed impedite dalle parti. Ma quando trattasi di vizj, che han potuto essere *sopra imposti* all'atto, posteriormente alla sua redazione, da un giovine di studio del notaro, o dalla prima mano infedele, che sarà stata per tale oggetto adoperata, il legislatore ha dovuto senza dubbio mostrarsi molto meno severo. Senza ciò le sostanze dei cittadini si troverebbero gravemente esposte a degli accidenti spaventevoli, ed inevitabili.

» Quindi è che la corte di appello ha consagrato un principio perturbatore della società; che, anzi, ha malamente conosciuto il voto del legislatore; ha falsamente applicato l'articolo 12, ed ha violato l'articolo 16 della legge del 25 ventoso anno 11, dichiarando nullo un'atto pubblico, per essere state cassate le parole indicanti il mese, ed il giorno della sua data.

» Il terzo mezzo di cassazione era tratto dalla contravvenzione all'articolo 68 della legge del 25 ventoso anno 11 di già riferito; in quanto che, se l'atto litigioso era nullo come atto pubblico, dovea valere però come atto privato, essendo sottoscritto da tutte le parti.

» L'articolo citato dice in un modo positivo, che l'atto pubblico nullo come atto pubblico, valerà come scrittura privata.

» La decisione porta, che il vizio della data annullerebbe una scrittura privata nello stesso modo, che annulla un'atto pubblico. Ma il principio contrario è consagrato dalla legge 34 §. 1 *ff. de pig. et hypoth.* .... *An pignus contractum sit, an vero epistola nullius momenti sit cum sine die et consule sit? Resp. cum convenisse de pignoribus videtur, non idcirco obligationem non cessare quod dies, et consules additi vel tabulae signatae non sint.*

» L'autore del repertorio di giurisprudenza, alla parola *scrittura privata*, paragrafo 1 dice positivamente: » l'omissione della data nella scrittura privata non costituisce una nullità.

» La decisione fa un'altra obiezione molto più grave in ciò che l'atto di cui è questione, sottoscritto dalla signora Virbes, vedova Crepain, venditrice; sottoscritto parimente dal signor Fillon, compratore, non è stato sottoscritto dalla signora Fillon di lui consorte, che ha acquistato insieme col marito.

» Resta a sapere, se il difetto di firma di una delle parti solidali dovesse annullare l'atto, anche in pregiudizio della parte solidale, che avesse sottoscritto.

» Si vede chiaro, che il legislatore ha voluto, che un'atto pubblico, nullo come solenne, non avesse effetto come atto privato;

se mai sottoscritto non fosse da ambo le parti contraenti: ove tal condizione manchi, non vi ha obbligazione possibile.

» Ma quando vi è obbligazione reciproca tra una parte, che compra, ed una parte che vende, l'atto deve forse essere considerato nullo, sol perchè una delle due parti si compone di più individui, dei quali gli uni si obbligano, e gli altri non si obbligano? Dimentichiamoci per poco, che trattasi di un atto pubblico annullato; supponiamo che l'atto, che dà luogo alla disputa fosse stato una scrittura privata. Sarebbe egli mai nullo in rapporto a tutti? Il signor Fillon non potrebbe forse reclamarne l'effetto in tutto, o in parte?

» O il signore, e la signora Fillon si sono obbligati in solido, o ciascuno di essi si è obbligato solamente per la sua parte.

» Nel primo caso, il signor Fillon ha potuto essere obbligato dalla venditrice a pagarle la totalità del prezzo (codice civile art. 1920). Dunque per ragione di reciprocanza, il signor Fillon avea dritto a profittare della totalità del beneficio della vendita. Dunque il difetto di obbligazione per parte della signora Fillon non impediva, che l'atto ricevuto non avesse il suo effetto pieno, tra la venditrice, ed il signor Fillon.

» Nel secondo caso se il signore, e la signora Fillon si fossero obbligati solamente ciascuno per la sua parte, la signora Virbes non poteva costringere ciascuno dei due conjugi che al pagamento della rispettiva sua quota.

» Ma in questo caso ciascuno dei due conjugi aveva il diritto di reclamare per parte sua l'esecuzione del contratto. Quindi la vendita era divisibile, ed aver doveva un'effetto parziale. Nella specie, il testo del contratto presenta una obbligazione solidale per parte de' compratori, e la decisione impugnata per obbligazione solidale la riconosce. In questo caso, ciascuno dei conjugi era tenuto per lo tutto (codice civile art. 1222) dunque il contratto aver doveva lo stesso effetto relativamente alla venditrice nel caso in cui vi fosse stato un solo compratore, e che il contratto fosse regolare.

» Gli esponenti ignorano quali mai siano stati i principj adottati dai giudici di appello su questa quistione: la decisione non offre motivi. È indubitato però, che in tutti i casi niuna legge gli autorizza ad annullare il contratto vitalizio del giorno 19 giugno 1807; e che l'art. 68 della legge del 25 ventoso anno 11 loro prescriveva di riguardarlo almeno come scrittura privata; dappoichè colla espressione *sottoscritto da tutte le parti*, l'articolo ha necessariamente inteso sottoscritto dalle parti rispettive, e considera nulli solo quegli atti, nei quali non si trovasse una obbligazione reciproca.

» Il quarto mezzo di cassazione risulta da ciò, che la nullità dell'atto, sia pubblico, sia privato, non produceva la nullità della convenzione; che perciò vi era luogo necessariamente ad esaminare, se la convenzione fosse d'altronde legalmente provata; che in altro modo decidendosi si è contravvenuto all'art. 1134 del codice civile; il quale prescrive, che le convenzioni legalmente celebrate hanno forza di legge, tra coloro che le hanno fatte.

» Egli è costante in fatto, che da moltissimi atti di esecuzione, e da alcuni atti giudiziarj di già indicati, chiaro risulta la prova scritta, che tra le parti ha esistito una convenzione riguardante un contratto vitalizio: gli accidenti, e la sostanza della convenzione sono parimenti provati, e certi.

» Non solamente tutto ciò è provato per iscritto, ma è stato dalle parti anche riconosciuto, giacchè non è stato impugnato. Rimane dunque a sapere in dritto, se la nullità del titolo produce necessariamente la nullità della convenzione.

» La decisione ha giudicato virtualmente l'affermativa, mentre che avrebbe dovuto emettere una decisione espressa per la negativa.

» Noi non sapremmo fare cosa migliore, che di copiare in questo luogo ciò che dice l'autore del repertorio di giurisprudenza sotto la parola *doppio originale*, n. 7.

» Bisogna ben distinguere, in un'atto ciò che appartiene al contratto, e forma il *vinculum obligationis*, il che ne costituisce l'essenza, da ciò, ch'è solamente relativo alla prova.

» Subito che due parti hanno dato il loro consenso, l'obbligazione è formata, e sia che si possa provarla, o no, ha sempre la virtù intrinseca di legare i contraenti. In buona logica, il difetto di prova di un'atto non può produrne la nullità: può solamente risultarne un impedimento di fatto alla sua esecuzione; e se mai si perviene a supplire questo difetto, a togliere questo impedimento per mezzo di prove raccolte in qualunque modo, per qual ragione l'atto non sarebbe pienamente eseguito? Si direbbe invano, che nel principio, e secondo che appare dall'atto stesso, l'obbligazione non era suscettibile di esecuzione forzata: l'obbligazione era valida in se stessa nel principio; e ciò basta perchè abbia tutto il suo effetto dal momento in cui se ne acquista la prova: *fiunt enim scripturae ut quod actum est per eas facilius probari possit, et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.* Sono questi i termini, ne' quali è conceputa la legge 4 *D. de fide instrum.* Decisione tanto giusta, e tanto vera, ch'è stata ammessa in tutti i tribunali.

» In effetto, malgrado le proibizioni fatte, per l'antico territorio francese dall'ordinanza di Moulines, e pei Paesi bassi dall'editto perpetuo del 1611., di ricevere la prova testimoniale per qualunque cosa che ecceda la somma, o il valore di 100 lire, e di 300 fiorini, non si è però giammai sostenuto che la scrittura fosse richiesta nelle convenzioni per qualunque altra cosa fuorchè per la prova. Quindi si è sempre giudicato, che in mancanza del titolo, si può deferire il giuramento alla controparte, e sono stati sempre condannati all'adempimento delle loro obbligazioni coloro i quali confessando di averle contratte, sostenevano di non essere legate validamente per difetto di titolo; qual cosa vien attestata da Guenois, e Neron sull'articolo 54 dell'ordinanza di Moulines, del pari che da Maynard, libro 6 capitolo 10; e viene ancora nettamente decisa da due dichiarazioni del consiglio privato di Bruxelles, emesse sulle rimostranze dei magistrati di polizia di Anvers, e di Moulines, nei giorni 30 gennaro 1622, e 21 marzo 1624, e riferite da Anselmo, sotto l'articolo 19 dell'editto perpetuo n. 8. Lo stesso è stato giudicato di recente da due decisioni del parlamento di Fiandra. Alberto Pinte, negoziante in Valencienes pretendeva, che Francesco Dury muratore nella stessa città, gli aveva verbalmente venduto una casa, e siccome non ne aveva nessuna prova per iscritto, così sen riportava al giuramento di quest'ultimo. Dury negava di prestare il giuramento, e sosteneva, che anche quando la vendita avesse avuto luogo sarebbe stata nulla, per non essersi steso atto innanzi notaro, e per non esservi scrittura privata. I magistrati di polizia di Valencienes, con sentenza del 4 settembre 1779, ordinarono, che Dury prestato avesse il giuramento, e che nel caso opposto fosse stato riferito a Pinte. Dury ne interpose appello. Ma con decisione del giorno 17 novembre dello stesso anno, sul rapporto del signor Remy Des-jardins, l'appello fu rigettato, e l'appellante fu condannato alla multa, ed alle spese. L'altra decisione è stata emessa nel giorno 10 dello stesso mese all'udienza, nella causa tra il sig. Lambert negoziante a Saint-Paul, che aveva prodotto appello avverso una sentenza dei giudici, e dei consoli di Lilla, e la vedova Holbecque mercantessa a Roubais, appellata.

» La conseguenza di questo principio è, senza dubbio, che la nullità di un'atto non produce la nullità della convenzione; che perciò nella specie presente, la convenzione dovea essere rispettata, giacchè il signore, e la signora Fillon producevano tutti i generi di prove possibili sulla sua esistenza, in quanto alla sua sostanza; ed in quanto a tutti i suoi dettagli; poichè d'altronde essa era anche riconosciuta.

» Questo principio è stato ancora consacrato da una decisione della corte regolatrice, riferita nel repertorio di giurisprudenza sotto la parola *doppio originale*, *n.* 14, ed ecco in qual modo è espressa.

» La signora Marechal, ex religiosa Orsolina, acquista il fondo di Zerbuchene, ch' era stato di proprietà del convento. Non potendo pagare il prezzo di questo fondo, cede i suoi dritti al signor Libert, mercè una

somma di 100 franchi; ed intanto continua ad occupare il fondo suddetto, a mantenerlo, e ad appropriarsene tutti i frutti.

» Si elevano alcune difficoltà tra lei, ed il signor Libert: questi vuole espellerla dal fondo: ella vi si nega, e sostiene, che il medesimo gliene ha ceduto l'usufrutto sua vita durante, e produce per provarlo, la corrispondenza che precedentemente ha avuto con lui. Il signor Libert nega il fatto. La corte di appello di Liege con decisione del 1 fiorile anno 12, pronunzia in favore della signora Marechal. Il Libert ricorre in cassazione, ed eleva tre mezzi: 1 violazione dell'art. 54 dell'ordinanza di Moulines, dell'articolo 2 del titolo 2 dell'ordinanza del 1667, e dell'articolo 1341 del codice civile, che ammettono i soli atti autentici, o le scritture private, per pruove delle convenzioni, il di cui oggetto eccede il valore di 100 lire, e 150 franchi, 2.° supponendosi che la corte di appello di Liege abbia considerato la pretesa cessione dell'usufrutto come una donazione tra vivi, esiste allora una contravvenzione all'ordinanza del 1731, articolo 1, e 2, ed all'articolo 931 del codice civile, i quali vogliono, che ogni atto contenente donazione sia celebrato, ed accettato innanzi al notajo; 3 se la corte di appello ha riguardata la pretesa cessione come una vendita, esiste allora una violazione dell'articolo 1325 del codice stesso, il quale vuole, che le convenzioni bilaterali, quando non siano redatte innanzi notajo, siano fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un'interesse distinto; e della legge 2 §. 1. *ff. de contr. empt.*, la quale dice, che *sine pretio nulla venditio est.*

» Con decisione del 14 frimajo, anno 11, sul rapporto del signor Goffinhal, » Considerando sul primo mezzo tratto dalla contravvenzione dell'articolo 54 dell'ordinanza di Moulines, 2 del titolo 20 dell'ordinanza del 1667, e del 1341 del codice civile prescrivendo i primi, che sarà passato atto per qualunque cosa eccedente la somma, o il valore di 100 franchi, e l'ultimo quello di 150 franchi; agli articoli 1, e 2 dell'ordinanza delle donazioni del 1731, e 931 del codice civile, i quali vogliono, che ogni atto contenente donazione sia celebrato innanzi notaro; che le donazioni siano accettate, e che siano insinuate secondo l'ordinanza del 1731; che la decisione impugnata non ha considerato le convenzioni, l'esecuzione delle quali ha prescritto, come una donazione; che le leggi relative alle donazioni sono dunque non applicabili; che i giudici han deciso sopra i documenti, e sopra una corrispondenza scritta; ond'è, che non sono state violate le leggi, le quali esigono, che le cose, o le somme eccedenti i 100 franchi siano provate per iscritto. - Considerando sul secondo mezzo tratto dalla contravvenzione dell'articolo 1318 del codice civile; in quanto che la decisione impugnata ha ordinata la esecuzione di scritti, che considerandoli tutti come atti privati, avrebbero dovuto essere fatti in doppio originale come quelli, che contengono una convenzione bilaterale; che siccome la prova della convenzione risultava da un'insieme di documenti comuni alle due parti, così la disposizione del citato articolo del codice civile non era suscettibile di applicazione; considerando sul terzo, ed ultimo mezzo, poggiato sulla contravvenzione alle leggi romane, ed all'articolo 1582 del codice civile, per aver dato effetto ad una cessione di usufrutto, nella quale non si trovava nè il consenso delle due parti, nè il prezzo convenuto; che il consenso è stabilito cogli stessi documenti, i quali provano l'esistenza della cessione, e che il prezzo è nell'abbandono stesso del dominio, ch'era nella persona di Agostina Marechal, e nella viltà istessa della somma espressa nell'atto, che contiene la cessione dell'indicata proprietà - la corte rigetta . . . . »

» Nella specie giudicata dalla corte regolatrice, l'atto privato era nullo per difetto di doppio originale, mentre che nella nostra specie sarebbe nullo per difetto di data; o per meglio dire per ragione di cassatura. Rimane sempre, che trattavasi di un'atto nullo; ch'era quistione di sapere se la nullità dell'atto producesse la nullità della convenzione, e che la corte regolatrice ha decisa la negativa. Il mezzo di cassazione tratto dal-

la contravvenzione all'articolo 1134 sul rispetto dovuto alle convenzioni, non è dunque più suscettibile di alcun dubbio.

» Il signor Conte Merlin procuratore generale

» Ha pensato sul primo mezzo, - (tratto dalla contravvenzione all'articolo 1338 del codice civile) - che la esecuzione di un contratto nullo, per difetto di firma di una delle parti, era sufficiente per dargli effetto; - che un contratto essenzialmente nullo, o privo de'suoi elementi costitutivi, non fosse un contratto, e quindi non suscettibile di ratifica.

» Il signor procuratore generale d'altronde ha pensato, che la esecuzione allegata dagli attori avea avuto luogo per parte della vedova Crepain nel tempo, che ignorava la nullità del contratto. Or questo stato d'ignoranza della nullità impediva che la esecuzione del contratto nullo avesse l'effetto di coprire la nullità: la esecuzione del pari che la ratifica non può coprire la nullità, che nel caso in cui questa è conosciuta. Sul secondo mezzo (tratto dalla falsa applicazione degli articoli 12, 16, e 68 della legge del 25 ventoso anno 11) il signor procurator generale ha pensato, del pari che l'attore, che la legge del 25 ventoso anno 11, dichiarando nullo un contratto, la di cui data fosse cassata, non avea voluto punire le parti di una cassatura che fosse posteriore alla redazione dell' atto, e in conseguenza non avesse potuto essere impedita, nè approvata - Ma egli è stato di parere, che se la cassatura fosse aggiunta all'atto dopo la sua redazione, ciò costituiva un falso caratterizzato; che gli attori in cassazione potevano iscriversi in falso; che la iscrizione in falso non essendo stata fatta nel corso del giudizio innanzi alla corte di appello, i giudici non avevano dovuto vedere nell'atto, che il fatto della cassatura della data del giorno, e del mese, e ch'essi avevano dovuto dichiarare nulle queste due parole cassate; che la nullità di queste due parole avea dovuto produrre la nullità dell' atto pubblico, ai termini degli articoli 12, 16, 68 della legge del 25 ventoso anno 11.

» Sul terzo mezzo tratta da una falsa applicazione dell'articolo 68 della legge del 25 ventoso anno 11, e della contravvenzione all' articolo 1134 del codice civile, in quanto che il contratto (nullo come atto pubblico) dovea esser conservato come atto privato tra le parti, che l'avevano sottoscritto, principalmente a causa della solidalità tra i compratori, il signor procuratore generale ha pensato, che la signora Fillon non avendo sottoscritto l'atto, non vi era stata la firma di tutte le parti contraenti - (condizione necessaria perchè l'atto, nullo come atto pubblico, abbia effetto come scrittura privata). Egli ha pensato, che queste espressioni della legge, *tutte le parti*, non erano affatto identiche della espressione, una e l'altra parte. Gli è sembrato che il legislatore avesse voluto annullare per lo tutto, e senza divisibilità, i contratti, nei quali due, o più socj fossero concorsi per lo stesso oggetto, se mai mancasse nel contratto la firma di uno dei consocj.

» Egli ha pensato, che quantunque nella specie l'obbligazione del signore, e della signora Fillon fosse sociale (articolo 1134 codice civile) non era ciò solamente quello, che la venditrice aveva voluto; che essa aveva voluto due obbligati insolido. Quindi è che la mancanza di obbligazione per parte di uno degli obbligati faceva svanire la condizione, alla quale era stata sottoposta la vendita, e l'annullava.

» Sul quarto mezzo, tratto da ciò, che la nullità del contratto autentico, ed anche dalla convenzione scritta su foglio privato non produce la nullità della convenzione stessa, e doveva valere come verbale, se fosse giustificata per mezzo di quella prova che la legge autorizza, il signor procurator generale imperiale ha pensato, che l'attore in cassazione non avendo presentato alla corte di appello l'affare sotto questo punto di veduta, questo mezzo non era ammisibile nella corte di cassazione, e quindi ha conchiuso per lo rigetto del ricorso.

» *Decisione* - Attesochè l'articolo 1338 del codice civile, invocato dagli attori, è solamente relativo alle obbligazioni, contro le quali la legge ammette l'azione di nullità, o di rescissione, non già gli atti nulli per mancanza di convenzione, e falsamente qualificati come contratti.

» Che del resto, niuno degli atti di esecuzione dell'atto litigioso è accompagnato da quei caratteri, che rinchiudono conferma, e ratifica, e particolarmente la riconoscenza del motivo di nullità, e la intenzione di riparare il vizio, sul quale quest' azione è stata fondata - Attesochè è stata fatta una giusta applicazione alla causa degli articoli 12, 16; e 68 della legge del 25 ventoso anno 11, che pronunziavano la nullità dell'atto considerato come autentico; poichè è stato dichiarato, che per mezzo della nullità delle parole concernenti la data, ch'erano cassate, il detto atto non era realmente datato.

» Attesochè il mentovato atto non ha potuto egualmente valere come scrittura privata, poichè non era fornito della firma di tutte le parti secondo, che esige l'art. 68 di sopra enunciato, che in tal modo la mancanza di obbligazione per parte di uno dei contraenti metteva ostacolo alla perfezione del contratto.

» Atteso infine, e per lo stesso motivo, che la mancanza di reciprocità dell' obbligazione di una delle parti rende l'articolo 1134 del codice civile inapplicabile alla specie. - La corte rigetta ec.

» §. 18. Il donante non può riparare con
» alcun atto confermativo i vizj di una do-
» nazione fra vivi nulla per le forme: è
» necessario che sia fatta di nuovo nelle for-
» me legali. *Art.* 1293 *Leg. civ.*

Una donazione fra vivi nulla per le forme può valere come privata scrittura nei termini dell' articolo 1272? Non è da dubitarsi per la negativa. Tale articolo (Vedi *Atto autentico* §. 2) parla, è vero, di un atto, che si rende non autentico o per incompetenza, o incapacità del notaro, o per difetto di forma, in modo che assume la qualità di privata scrittura; ma richiede, che sia stato sottoscritto dalle parti. Or questo requisito della sottoscrizione verificandosi in qualunque altro atto che contiene obbligazione tra i contraenti, non si rinviene in quello della donazione; dappoichè in esso si vede il solo donante, che manifesta i tratti di sua liberalità a favore di alcuno, conseguentemente è il solo che sottoscrive. Nè giova ricorrere all' articolo 856 (Vedi. *Accettazione di donazione* §. 1) con cui è stabilito, che la donazione non produce alcun effetto se non dal giorno in cui sarà stata accettata in termini espressi. L' atto dell' accettazione essendo posteriore, e facendosi anche separatamente, non resta segnato che dal solo donatario accettante. Emerge adunque, che due atti separati presentano due separate sottoscrizioni; conseguentemente non siamo al caso della legge. Ma con metter da parte queste osservazioni dettate dalla espressione letterale dell' artcolo in esame, riflettiamo con Bigot Preameneu *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 59 che » i vizj di forma in un atto di donazione tra vivi portano seco la nullità secondo i termini della legge. Questi vizj non esisterebbero meno, benchè l' atto fosse confermato. Queste forme per altro sono state prescritte per l' interesse dei terzi: esse non possono essere supplite: è dunque indispensabile che l' atto di donazione sia rifatto nella forma legale. » Conchiudiamo: Colpito di nullità una donazione fra vivi, quando un vizio di forma la rende difettosa, non può, per l' articolo 1272 assumere la qualità di privata scrittura; sì perchè tale nullità è insanabile per legge, sì perchè l'interesse dei terzi dee sempre rendersi salvo in un modo positivo, e legale. Vedi *Donazione* §.23. 47.

» §. 19. La conferma, ratifica, o esecu-
» zione volontaria di una donazione per par-
» te degli eredi o di quelli che hanno cau-
» sa dal donante, dopo la morte di lui in-
» duce la loro rinunzia al dritto di opporre
» i vizj delle forme, o qualunque altra ec-
» cezione. *Art.* 1294 *Leg. civ.*

SEPARAZIONE DE' CONJUGI. §. 1.

» Potrà il marito domandare la separazione
» per causa di adulterio della moglie. *Art.*
» 217 *Leg. civ.*

Questo articolo ammette l' adulterio della moglie come causa della separazione: or l'adulterio può liquidarsi in due modi; in linea penale, ed in linea civile, e ciascun modo ha un giudice, ed una procedura diversa. Analiziamoli separatamente in brevi termini.

Tosto che il marito promove innanzi il giudice penale la querela formale di questo delitto contro la moglie, conviene che ne sostenga il giudizio con convincerla delinquente,

e quindi faccia precedere alla domanda di separazione una condanna legale. Imperciocchè qualunque sieno gli elementi che egli in qualunque altra guisa deduca sul di lui talamo tradito, questi se non sono portati al grado di una dimostrazione di fatto, non sono per se stessi efficaci a stabilire l'azione imputabile; conseguentemente non sono bastevoli a giustificare una domanda che il divida dalla moglie infedele. I sospetti che la gelosia suole ben spesso colorire colle tinte d'infallibile certezza, non costituiscono il conjuge offeso nel dritto di ritrarre gli effetti da mal sicura cagione. Altro ne impongono la ragione e la legge. Prodotta un'accusa penale onde trarsi un motivo per la separazione, conviene, che le diverse azioni progrediscano separatamente, senza che l'una si confonda coll'altra. L'ordine del giudizio che il marito venne a promuovere il chiama all'osservanza di altri precetti. Egli farà pria costare il delitto presso il giudice competente con quei mezzi che la legge somministra per la punizione de' colpevoli; e quindi col documento della condanna profferita adirà il presidente del tribunale civile per la separazione della moglie.

D'altronde volendo il marito domandare direttamente in linea civile la separazione per causa di adulterio della moglie, seguirà in un solo giudizio le regole seguenti dettate dalla procedura civile.

» Il conjuge che vuol domandare la separazione personale, sarà tenuto di presentarne al presidente del tribunale civile la domanda, la quale contenga sommariamente i fatti; ed a questa unirà i documenti giustificativi, se ve ne sono. *Art.* 953 *Leg. di proced. ne' giud. civ.*

» In piè della istanza sarà distesa un'ordinanza in forza di cui le parti dovranno comparire innanzi al presidente nel giorno indicato dall'ordinanza predetta. *Art.* 954 *idem.*

» Le parti saranno tenute a comparire in persona, senza facoltà di farsi assistere da patrocinatore, nè da consulenti. *Art.* 955 *idem.*

» Il presidente dovrà fare ai conjugi le rimostranze che egli crederà proprie ad operare una conciliazione; e se non vi riesce, profferirà una seconda ordinanza portante che per non aver potuto indurre le parti a riconciliarsi, egli le rimette ad agire come credono di ragione.

» Coll'ordinanza medesima egli autorizzerà la donna a stare in giudizio, ed a ritirarsi provvisoriamente in una casa, su cui le parti converranno fra loro o che egli indicherà di proprio uffizio; in ultimo ordinerà che sieno rilasciate alla donna le cose necessarie per gli usi giornalieri. Le domande riguardanti l'assegnamento provvisorio a titolo di alimenti saranno portate alla udienza. *Art.* 956 *idem.*

» La causa dovrà trattarsi nelle forme stabilite per le altre domande, e decidersi, sentite le conclusioni del pubblico ministero. *Art.* 957 *idem.*

» Un estratto della sentenza che pronunzierà sulla separazione personale, sarà inserito nelle tabelle esposte tanto nella udienza de' tribunali, quanto nel comune de' patrocinatori e de' notari. *Art.* 958 *idem.*

» §. 2. Potrà la moglie domandare la se-
» parazione per causa di adulterio del ma-
» rito, allorchè egli avrà tenuta la sua con-
» cubina nella casa comune. *Art.* 218 *Leg.*
» *civ.*

Su le parole *avrà tenuta la sua concubina* Delvincourt fa le seguenti osservazioni. » Non è perchè » egli dice » la violazione della fede conjugale non fosse in se stessa così criminosa in persona del marito come in quella della moglie: ma è perchè l'adulterio di costei ha ben altra conseguenza, potendosi con esso introdurre nella famiglia del marito figli stranieri. D'altronde pare che il pudore si opponga che una donna vada a querelarsi del semplice adulterio di suo marito; ma allorchè fosse l'adulterio accompagnato dalla coabitazione della concubina nella casa comune, questa coabitazione della concubina nella casa comune diviene una ingiuria così grave, che dà alla moglie il dritto di domandare la separazione. Potrebbe anche avvenire che, pur quando la concubina non dimorasse abitualmente nella casa comune, l'adulterio del marito fosse accompagnato da circostanze tali che dovesse essere riguardato come una grave ingiuria, sufficiente a far pronunciare la separazione; a modo di esempio, se il marito affetta di

trovarsi con la concubina in quei luoghi ne' quali è sicuro di ritrovar la moglie, o se frequentemente egli la conduce seco nel domicilio comune. La legge in fatti non esige una residenza abituale; basta solo che l'abbia tenuta nel domicilio comune, ciò che lascia la decisione del fatto alla prudenza del giudice.

» Anticamente il marito solo poteva intentare l'accusa di adulterio contro la moglie; i suoi eredi non avevano però lo stesso dritto. Intanto se veniva egli a morire dopo la querela, ma prima del giudizio, si credeva che gli eredi potessero proseguirla per l'interesse pecuniario che vi avevano; l'effetto della condanna della moglie essendo quello di annullare le donazioni che le fossero state fatte, e di ottener la confisca della di lei dote a profitto del marito. Si giungeva per fino a dire, che se il marito aveva ignorato l'adulterio, o era morto troppo presto per aver potuto intentar l'azione, i suoi eredi erano ammessi a provar l'adulterio per via di eccezione, se la vedova domandava l'esecuzione de' suoi patti matrimoniali. Gli eredi avrebbero essi almeno oggi il dritto di proseguire la domanda di separazione, intentata per questo motivo? La ragione della differenza sta in ciò che il marito nel dritto antico intentava semplicemente l'accusa di adulterio: la separazione personale n'era la conseguenza, ma nella querela di adulterio stava realmente l'affare principale. Or non ripugna certamente alla natura delle cose che una querela di tal natura prodotta dal marito sia proseguita dai suoi eredi. Oggi è tutto al contrario: in virtù del codice civile, la domanda principale è quella della separazione personale. La causa di adulterio non è che il mezzo da impiegarsi per giungervi. Or sembra ripugnare che una dimanda di separazione personale sia continuata dagli eredi. Come infatti richiedere alla giustizia la separazione di due conjugi l'uno de' quali è già morto? Non ostante queste ragioni, io credo che gli eredi del marito possono proseguire l'azione intentata; salvo il dovere di modificare le conclusioni, limitandosi a domandare la rivoca de' vantaggi: e ciò che mi conferma singolarmente in questa opinione si è ciò che sembra risultare dagli articoli 336 e 339 del cod. penale che il marito può denunciare l'adulterio della moglie, e reciprocamente, senza esser necessario per ciò di domandare la separazione personale: dunque può avervi un'azione di cui sia unico e principale oggetto la punizione dell'adulterio, 2. Egualmente risulta dall'articolo 317 del codice civile (239. leg. civ.) che gli eredi del marito possono non riconoscere il figlio in tutti quei casi ne' quali lo potrebbe fare il marito, e per conseguenza nel caso di adulterio, ai termini dell'articolo 313 (235. leg. civ.) è dunque necessario che essi siano almeno in questo caso ammessi a provare l'adulterio; 3 in fine *Rousseau de la combe verbo* separazione part. 1 n. 21 riporta una sentenza del 28 marzo 1746 la quale giudicò, che la morte della moglie, avvenuta nell'intervallo del giudizio di separazione, non impediva agli eredi il proseguirlo, poichè essi erano interessati a far decidere sugl'interessi dotali, che decorrono dal giorno della domanda quando la separazione viene pronunciata; mentre non sono essi dovuti che dal giorno della morte nel caso contrario. Or qual paragone fra un interesse così modico, e quello che possono avere gli eredi del conjuge attore per far rivocare le donazioni?

» Il codice prussiano articolo 827 permette espressamente agli eredi del conjuge attore di proseguire l'azione di divorzio relativamente agli effetti pecuniarj solamente.

» Inoltre ciò che noi diciamo degli eredi del marito debbe applicarsi egualmente a quelli della moglie, quando la separazione sia stata da lei domandata. *Delvincourt. Corso di codice civile tomo 2. nota 174 tit. 6.*

» §. 3. Potrà la moglie domandare, col
» consiglio di due de' più prossimi congiun-
» ti, la separazione per causa di adulterio
» del marito, qualora lo stesso mantenga
» pubblicamente una concubina. *Art.* 219
» *Leg. civ.*

Per li più prossimi congiunti s' intendono quelli non solo per parte del marito che per parte della moglie. Si è voluto dal legislatore mettere in questo modo un freno ad una troppo riscaldata fantasia di una moglie gelosa, che potrebbe attribuire al marito la violazione della fede conjugale, quando que-

sti la custodisse ancora intatta, ne rispettasse il legame, ed in realtà fosse innocente.

Vedi. *Adulterio* §. 4.

» §. 4. I conjugi potranno domandare re» ciprocamente la separazione per eccessi, » sevizie, o ingiurie gravi dell' uno verso » dell' altro. *Art.* 220 *Leg. civ.*

La ingiuria definita dalle nostre leggi penali (*Vedi. Ingiuria* §. 1) per ogni offesa pubblicamente o privatamente espressa con parole, con gesti, con iscritti o in altro modo qualunque, il carattere di *grave* che prende nell' articolo in esame la dichiara forse diversa dalle *sevizie*, e dagli *eccessi*? Nel modo come queste parole sono adoperate chiaramente si scorge non essere le stesse. » Le espressioni di *ingiurie gravi*, al dir del tribuno Savoie-Rollin. *Esposiz. de'motivi sul cod. civ.n.*21, non danno la medesima precisione, ma il loro avvicinamento a quelle di *eccessi* e di *sevizie* dimostra, che queste sono al morale ciò che le altre sono al fisico: le prime sono, se può così parlarsi, la violenza de' corpi, e le seconde la violenza de' sentimenti. »

Le ingiurie gravi adunque in virtù delle quali i conjugi possono domandare la separazione sono quelle », secondo Locré *Spirito del cod. civ. su l' art.* 231 » le quali a buon dritto affliggono un' anima tenera ed onesta, o siane testimone la città intera, come la pubblica infamazione, ovvero un numero ristretto di persone. Questa regola basta: nè poteasi per la varietà de' fatti e casi esibirne una più esatta. Per es. sono linguaggio ordinario di una classe di persone certe rustiche parole abitualmente adoperate, che diverrebbero insulti fra altre persone più colte: tanta è la varietà delle circostanze che la legge non può esprimere, ma che il giudice saprà discernere: su di che basta avvertirlo, ch' egli non dee giudicare la separazione se non per grave ingiuria, in ragione delle circostanze, della intenzione, e della qualità delle persone. » Vedi *Ingiuria* §. 2.

Per le parole poi *sevizie* ed *eccessi* non può aversi una intelligenza che le distingua; giacchè non può attribuirsi loro un significato che determinatamente le esprima. L' idea dei pessimi trattamenti e delle maniere crudeli, che contengono non essendo precisa per se stessa cade benanche ad una misura di calcolo relativa alla persona cui sono diretti, ed al modo come son fatti. Quindi il giudice li estima se siano o no valevoli ad elevarsi a mezzi di separazione.

Inoltre Toullier discute la seguente questione. » La domanda di separazione personale può essere rimossa dal marito, provando egli che la moglie per la sua pessima condotta e per le sue sregolatezze ha provocato le sevizie, e le ingiurie, che danno motivo alla domanda?

» La ragione di accordo collo spirito della legislazione risponde, che un marito giustamente irritato alla vista de' disordini della moglie è scusabile per essersi trasportato contro di lei fino agli oltraggi ed alle vie di fatto che in altro caso non potrebbero essere scusate.

» Il codice penale 324 (*art.* 388 *Leg. pen.*) scusa anche la uccisione commessa dal marito sulla moglie sorpresa in flagrante delitto nella sua casa.

» È dunque ragionevole di non attribuire alle sevizie ed agli oltraggi meritati e provocati dalla vita scandalosa di una moglie adultera gli stessi caratteri di gravità e gli stessi effetti che a quelli esercitati su di una moglie virtuosa. Come dar ascolto ad una donna imprudente, quando ella viene sull' appoggio de' testimonj che depongono al tempo stesso intorno alla certezza del suo delitto ed alla pena domestica, che lo ha seguito, a domandare la separazione?

» Intanto l' art. 231 del codice (220 *Leg. civ.*) dice che i conjugi potranno domandare reciprocamente la separazione per eccessi, sevizie, o ingiurie gravi dell' uno verso dell' altro. Questa disposizione è generale ed indefinita, ed il rispetto dovuto alla lettera della legge non permette che sia modificata con una eccezione non inserita nella legge. L'eccezioni, che non sono nella legge non possono essere suppliti; e se i giudici avessero una volta riconosciuto che un marito si è renduto colpevole verso la moglie di eccessi, sevizie o ingiurie gravi, essi sarebbero forzati ad ammettere la domanda di separazione, e di applicare la legge senza poterla modificare con una eccezione che non si trova affat-

to scritta. Aggiungendo alla legge; essi la violerebbero e si esporrebbero a veder la sentenza cassata.

» Ma la legge lascia ai giudici il determinare i caratteri di gravità degli eccessi e delle sevizie o delle ingiurie che danno motivo ad una dimanda di separazione. Il codice vuole che siano gravi. E che cosa vuol dir mai siffatta parola in questa materia? Senza dubbio tutto ciò che l'antica giurisprudenza intendeva per questo stesso vocabolo. Ora il principio rigoroso era, che i cattivi trattamenti non potevano esser motivi di una separazion personale se non quando fossero inoltrati a tali eccessi che la moglie non aveva altro mezzo da garantire la propria vita dall' odio di un marito snaturato. *Si tanta sit viri saevitia ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri.*

» Si era modificato il rigore di questo principio, mettendo le ingiurie sulla medesima linea delle sevizie; poichè è la stessa cosa che una moglie muoja di cordoglio in seguito degli oltraggi di cui è ricolma, o che spiri sotto i colpi di un marito colerico e furioso.

» Si andò più lungi, e si distinse la qualità de' conjugi e sopratutto il loro genere di vita e la loro educazione che accresce o diminuisce la sensibilità, in modo che i trasporti, le cattive parole, le maniere brusche, ed anche gli eccessi di un marito brutale non lasciano alcuna traccia di risentimento durevole nel cuore di una tal donna, mentre che tal'altra allevata delicatamente e per la stessa organizzazione suscettibile d'impressioni profonde e strazianti, e più commossa da una parola di disprezzo da un gesto o da una minaccia, che un altra non lo sarebbe dagli oltraggi i più atroci e dagli eccessi i più riprensibili.

» Finalmente l' antica giurisprudenza distingueva ancora se la moglie aveva o no ella stessa provocata i cattivi trattamenti de' quali si lamentava.

» Queste distinzioni dilicate ma vere e fondate su i nostri costumi non sono state rigettate dal codice che si rimette come altra volta alla coscienza de' giudici, e loro lascia la cura di dichiarare se tali cattivi trattamenti o tali ingiurie siano o non siano gravi, avuto riguardo all' educazione che i conjugi han ricevuta, o ai torti che il conjuge offeso può avere verso dell' altro.

» Se dunque i giudici si limitano a decidere che nella causa ad essi presentati, sia per la non buona condotta della moglie, sia per le circostanze de' fatti provati, i cattivi trattamenti e le ingiurie non sono di quel peso, o non hanno que' caratteri necessarj di gravità che si richiedono per pronunciare la separazione personale, la sentenza è al sicuro dalla critica, e non è suscettibile di essere annullata dalla corte di cassazione; poichè lungi dal violar la legge essi si sono allo spirito della legge confomati.

» Tale è la dottrina professata e seguita dalla corte di cassazione in una decisione emessa a' 14 pratile an. 13 sulle conclusioni del dotto procurator generale Merlin.

» Non è già alla sola donna adultera che debbasi applicare questa dottrina fondata sulla ragione. Una moglie che si abbandona a trasporti abituali, che oblia se stessa, come se ne son vedute, fino a provocare il marito percuotendolo la prima, o caricandolo di oltraggi, non può lamentarsi s'egli abbia usato del dritto di rappresaglia, e respinte la forza colla forza. È necessario che il padre di famiglia, che il magistrato domestico, possa con moderazione unire la forza all' autorità per farsi rispettare nella propria casa. Spetta ai giudici il decidere se la collera lo abbia trasportato troppo lungi, ed a far l' applicazione del principio che la moglie non deve essere ascoltata, a meno che ella non provi la sua vita esser in periglio vicino al conjuge da lei oltraggiato; poichè allora costei ha in suo favore la prima di tutte le leggi, quella che comanda ad ogni individuo di vegliare alla propria conservazione. *Toullier Corso di dritto civile tom.* 2. *tit.* 6 *cap.* 5 *sez.* 2 *n.* 744.

Per illustrare intanto a di più il caso con un esempio su i motivi ammessi dalla legge per darsi luogo alla separazione, scegliamo una decisione del tribunale di appello di Metz, la quale abbenchè profferita per la domanda di divorzio, non riconosciuto dall' attuale nostra legislazione, nondimeno le considerazio-

mi ritenute possono esser utili su la specie. Fu questione se le ingiurie risultanti da lettere scritte dal marito alla moglie ed ai di lei genitori costituiscono un motivo sufficiente per la separazione. Con decisione dè piovoso anno 12 si giudicò negativamente.

» A' 20. germinale, anno 11. Madama l' H..... domiciliata a Valdieu si trasferisce a Charleville ad oggetto di ristabilirsi in salute. Il di lei marito le procura in quest' ultima città un buon alloggio ed un bravo medico per ben curarla.

» Dopo averle spediti tutt'i soccorsi di cui poteva aver bisogno, recasi egli stesso a vederla, ma non la trova.

» Vivamente afflitto di ciò, egli scrive a Sedan a' di lei genitori una lettera in data del 17 germile, in cui fa le più amare lagnanze contro la stessa.

» Passano alcuni giorni, ed indirizza una lettera simile a madama dell' H....

» Al riceverla dà ella pur nelle smanie, e il dì 24 fiorile, anno 11, promuove contro di suo marito un' istanza di divorzio per ingiurie gravi.

» In prova di tali ingiurie ella presenta le due lettere di Monsieur dell' H....

» Lungi dall' impugnarle, o di dar loro una spiegazion favorevole, Monsieur dell'H.... ne fa nella pubblica udienza del dì 8 termidoro il commentario il più disobbligante riguardo a sua moglie.

» Questa aggiugnendo la novella denuncia alle due lettere dianzi prodotte, sostiene che bastano tutte insieme a formare la prova più completa d'ingiurie che si possa mai presentare in giudizio.

» Il dì 17 termidoro, anno 11, il tribunale civile di Charleville emana una sentenza del seguente tenore :

» Considerando che per formare una domanda di divorzio per causa determinata d' ingiurie gravi, fa d' uopo che le ingiurie di di cui lagnasi il conjuge offeso sieno pubbliche e notorie, non dovendosi perscrutare da alcuno gl' interni segreti delle famiglie.

» Considerando che nel particolar caso attuale, la lettera scritta il dì 27. germile, anno 11, da J. F. dell' H.... al padre ed alla madre della di lui moglie, è una mera lettera confidenziale ad essi soli privatamente diretta, e che non può oggidì essere dall'attrice prodotta onde appoggiar la sua istanza di divorzio per causa determinata, giacchè la stessa non poteva cadere nelle sue mani, ed anche perchè non se ne potrebbe far uso senza il consenso e la partecipazione di chi l' avea scritta : che quindi essa dee essere esclusa dalla causa.

» Considerando, che riguardo a quella che scrisse Monsieur de l' H..... li 15 fiorile seguente all' attrice medesima, non poteva essere del pari che una lettera similmente confidenziale per la sola sua moglie, la quale non ha motivato, ch' ei l'abbia resa pubblica in seguito; e che quindi non può servire di prova all' ingiuria grave di cui si lagna l' attrice.

» Considerando finalmente che la sola attrice ha data pubblicità alle querele da suo marito promosse contro la di lei condotta; querele, che la sua qualità di madre di famiglia, il decoro e l' onestà le facevano un dovere di seppellir nell' oblio, come cercare di distruggerle con tutt'i mezzi di prudenza e di contegno ch'erano in suo potere.

» Il tribunale facendo ragione, dichiara Mad. J. R. moglie di Mons. de l'H.... mal fondata nella sua istanza in divorzio per causa determinata d' ingiurie gravi; assolve il predetto M. de l'H.... compensate le spese.

» Madama de l'H.... attaccò in via di appello sì fatta sentenza.

» Il di lei difensore sosteneva che non vi fu mai ingiuria più grave, nè oltraggio maggiore di quello che la medesima ha ricevuto in più volte da suo marito. Egli la fa partire per Charleville, la raccomanda premurosamente al medico cui la confida, le spedisce parecchi mezzi di sussistenza, tutt' i soccorsi che le convenivano, vesti, danaro ec., in una parola, quanto un marito può prodigare alla moglie la più affezionata; e tutto ad un tratto per una contraddizione che non si saprebbe spiegare, non solo ei cessa di adempiere a' suoi doveri, ma sparge eziandio la nuova che la di lui moglie tiene una scandalosa condotta, vivendo pubblicamente con un forestiere. Non si fa alcun riguardo di affliggere il cuore di un padre e di una madre con questa falsa

notizia: e la moglie medesima, che fino a' 27 germile aveva trattata con tanta cura ed affetto, non diviene più a' di lui sguardi che una concubina impudente che lo cuopre di vergogna e d'obbrobrio.

» Nel suo cieco trasporto egli indirizza alla moglie i rimproveri i più ingiusti ed acerbi, ne fa rimbombare i tribunali, la dipinge a' suoi amici, a' suoi parenti e concittadini come una moglie discola e scostumata, ed indegna di ogni riguardo e di ogni ulteriore considerazione.

» Qual fu l'effetto di un così cieco trasporto? Un padre credulo, allarmato da sì tremenda notizia non può sopravvivere al supposto disonor della figlia; soccombe il misero, e muore senza ch'ella abbia potuto trarlo d'inganno, dimostrargli la sua innocenza, e farsi restituire la tenerezza e la stima, che questo colpo improvviso le avea fatto perdere.

» Ed un tal procedere, sì grossolane ed aperte menzogne, calunnie sì atroci, scritte, pubblicate, e nel foro discusse non costituiscono forse quelle gravi ingiurie che l'art. 231 esige per far pronunciare il divorzio? Ove trovarne di più oltraggianti ed orrende che quelle che attaccano personalmente una madre di famiglia, che attentano al di lui onore, che ovunque la mostrano a dito come rea di adulterio, e gli rapiscono crudelmente la stima ad un tempo e la vita del padre?

» Certamente la gravità di sì fatte ingiurie colpisce tutti gli animi onesti e sensibili. I primi giudici non vi han potuto resistere: ma non han creduto doverle esaminare sotto il pretesto ridicolo ch' erano contenute in lettere private, e che carte confidenziali di questa natura non possono esser prodotte in giudizio senza violare i secreti delle famiglie.

» D'altronde ove attigner le prove se non dove esistono? Se Mons. de l'H. . . nella sua prima lettera rivela de' secreti domestici, se dà sfogo ad un ingiusto risentimento, se toglie alla di lui consorte il cuore e la stima de' suoi genitori, sono questi altrettanti torti ch' essa riceve, altrettante ingiurie gravi di cui a ragione si lagna. Ne ricava la prova dalle lettere scritte di pugno del suo delatore, e non si può contrastarle il diritto di produrle.

» Ed una ragione ancor più fondata l'assiste in far uso di quello scritto che fu personalmente diretto, in cui attaccandola sì apertamente il marito, l'ha posta nel caso di una difesa legittima: anzi ei la costringe a far uso di tutti i mezzi possibili per rovesciare sopra dell' aggressore tutto l'obbrobrio che le avea preparato.

» Chi d'altronde osò mai porre in dubbio se le lettere possano esser prodotte in giudizio? Non servono forse queste tuttodì di pruova per ciò ch' esse racchiudono? Colui che le scrive non dee prevedere sino a qual punto ei s' impegna scrivendole? Altrimenti egli potrà impunemente denigrare la riputazione di qualsiasi individuo; per avere saputo scaltramente far uso, onde giugnere a sì reo fine, di sole lettere private. Questa massima è insostenibile: quindi fa d'uopo escludere la pretesa eccezione d'inammissibilità; ed unendo a tutte le ingiurie scritte quelle che risultano da' dibattimenti che ebbero luogo in pubblica udienza, non si può ricusare di ammettere la domanda in divorzio.

» J. F. l'H. . . . appellato, rispondeva essere una cosa assai strana di oltraggiare una persona, e negarle il diritto di muover querela; di vedere una moglie coprire co' suoi traviamenti d'obbrobrio il marito, e contendere a questi persino il potere di farle delle rappresentazioni opportune. Se queste lagnanze sono affliggenti quando sono dirette al padre e alla madre, esse però nulla hanno in se d'ingiurioso. È ben naturale di ricercare conforto presso coloro che sono sempre disposti a scusare il colpevole: non vi è dunque in sì fatto procedere alcun inconveniente a temere. La condotta di madama de l'H. . . . ha dato luogo a de' sospetti violenti. Se sono fondati, il pubblico n'è informato: in conseguenza non vi è più segreto da custodire. Se sono ingiusti, ella dee tranquillizzarsi: l'interesse proprio de' suoi genitori fa loro un dover di tacere.

» Non accusi ella dunque il marito d'imprudenza e d'indiscrezione; non lo qualifichi come autore delle disgrazie da lei sofferte: se ricevè delle ingiurie, le attribuisca a se stessa; giacchè ella sola è colpevole, o di averle meritate, o di averle diffuse men-

tre giacevan sepolte nell' interno della sua casa; la di lei qualità di madre di famiglia le faceva un dovere di tenerle celate: divulgandole, come fece, non potea costituirne una prova di divorzio, e provocare una scissura assai più scandalosa delle stesse ingiurie di cui si chiama aggravata.

» Dall'altra parte le lettere sono depositi sacri che appartengono simultaneamente a colui che le ha scritte, ed a quegli che le ha ricevute. Svelando i segreti che contengono, il ricevente diviene colpevole verso l'altro dell'abuso di confidenza il più manifesto: egli scopre indiscretamente delle opinioni che il suo corrispondente voleva che si tenesser nascoste, e che forse non avrebbe esternate, se avesse preveduto che se ne volesse far uso davanti i tribunali, e contro lui convertirle in tanti capi di accusa.

» Si fatte ragioni vennero del pari accolte dal tribunale di appello.

» Il tribunale, adottando i motivi de' primi giudici, dice essere stato ben giudicato, e male appellato. »

» §. 5. La condanna di uno de' conjugi a
» pena infamante potrà essere per l'altro
» causa di separazione. *Art.* 221 *Leg. civ.*

La seconda parte dell'articolo 1 delle leggi penali dichiara che *nessuna pena è infamante*; quale è dunque quella cui uno dei conjugi possa essere condannato, e per la quale l'altro sia per chiedere la separazione? La stessa seconda parte del citato articolo ammette, però l'*infamia nascente da reato infamante per sua natura o per le sue qualità*. Or per conoscere più precisamente questo *reato*, *infamante* è mestieri attingerne gli elementi dal dritto romano, cui la novella legislazione rinvia il giureconsulto per le disposizioni nei casi da essa non preveduti.

Gl'imperatori Severo, ed Antonino covrirono d'infamia 1.° la condanna per furto. *Si furti condemnata es citra verbera quoque fustium famae damnum subiisti L.* 8 *cod. ex quib. caus. inf. irrogatur*; 2.° la condanna per ingiuria profferita anche a persona vile: *injuriarum ex persona quoque servi damnatus infamia notatur L.* 10 *ibidem*: 3.° la condanna per illecita usura: *improbum foenus exercentibus, et usuras usurarum illicite exigentibus infamiae macula irroganda est L.* 20 *ibidem.*

Secondo questi principj possiamo adunque sostenere, che per infamia nascente da *reato*, *infamante per sua natura*, *e per le sue qualità*, debba intendersi quella che vien prodotta da una condanna per furto, per falsità, e per calunnia. Nè la diversa gradazione di pena, sia de' ferri, sia della reclusione, sia della relegazione, sia della prigionia inflitta a questi diversi reati, nè la distinzione di misfatto, e di delitto circoscrivono la impronta della infamia in modo, che sia a risentirsi solo dal condannato per misfatto a pena più dura. La qualità dell'azione colpevole e non la pena rende infame il condannato. Così Marcello: *Ictus fustium infamiam non importat sed causa propter quam id pati meruit, si ea fuit quae infamiam damnato irrogaret. In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est. L.* 22 *D. de iis qui notantur infamia.*

Quindi è infamante la pena, che dà motivo alla separazione di un conjuge, quella, cui l'altro conjuge sia stato condannato pei riferiti reati. Ogni altra intelligenza ridurrebbe inutile o per lo meno inesatta l'applicazione dell'articolo in esame.

» §. 6. La separazione non potrà aver luo-
» go pel solo consenso reciproco de' conjugi,
» tranne quando la convenzione sia dal tri-
» bunale civile omologata. *Art.* 222. *Leg. civ.*

La omologazione che il tribunale dee dare alla separazione convenuta reciprocamente dai conjugi non può essere arbitraria su quanto si deduce. La esposizione dei fatti richiama il più diligente e maturo esame, onde il definitivo giudizio sia fondato su solide basi. Dal magistrato ne saranno adunque valutati i motivi pria di deliberare; e quando la separazione de' conjugi risulterà effettivamente necessaria in vista delle pruove raccolte all'oggetto, sarà in allora ammessa, e rispettata dalla legge.

Osserviamo perciò con Treilhard, che » il consenso scambievole ne' casi di separazione sarebbe un' amplissima porta, e sempre aperta al capriccio, alla leggierezza, alla incostanza, senza alcuna specie di preservativo contra i loro effetti. E come la separazione

*

trascina per legge quella dei beni, due sposi di cattiva fede troverebbero ancora nel loro scambievole consenso un mezzo infallibile di rovinare i loro creditori. *Esposiz. de motivi sul cod. civ. n.* 24.

Non è concessa alla volontà arbitraria de' conjugi il devenire alla loro separazione. Massima professata dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 3 settembre 1825.

» *Fatto*. Li conjugi D. V.... V.... e D. G... M..... per evitare tutt'i disturbi insorti tra loro fecero con sinallagmatica scrittura de' 10 aprile 1818 la seguente convenzione.

»» 1. Di dovere la signora M.... ritenere, amministrare, ed usufruire la metà di un palazzo, e la metà di una massaria de' beni dotali: 2. Di doversi il rimanente delle di lei doti in ducati 3000 ritenere, e godere dal marito, coll'obbligo di corrispondere alla signora M.... ducati 175 annui per gli alimenti del figlio, di cui la madre assumeva la cura: 3. Di dovere perciò la signora M...... mantenere in educazione il figlio, obbligandosi di non più molestare il marito a menoma cosa, colla rinuncia inoltre ad ogni litigio, e pretensione di lacci, e spille, sopravvivenza, ed altro: 4. Di non dovere esso D. V...... molestare la moglie in menoma cosa, dandole la facoltà di andare ovunque essa volesse, e dove i suoi interessi la chiamassero. »»

» Per effetto di tale scrittura la signora M.... fece citare il marito al tribunale civile di Trani nel dì 17 febbraro 1824 per sentir dichiarare riconosciuta la convenzione: per sentirsi condannare al pagamento di ducati 148 50 scaduti sino a' 16 agosto 1823; più per sentire ordinare la continuazione del pagamento degli annui ducati 175; ed in fine per sentire omologare la separazione personale pattuita colla carta medesima eseguita anche prima della carta, e posteriormente di consenso delle parti.

» Il signor V..... oppose la nullità, ed invalidità di quella carta per la dimandata separazione, e dimandò di rigettarsi l'azione della signora M......, e di farsi dritto alla sua domanda in linea di riconvenzione, cioè di condannarsi la moglie a rientrare nella casa conjugale unitamente al comune figlio minore, ove il medesimo avrebbe ricevuta la educazione conveniente al suo stato, ed ambedue sarebbero stati alimentati, e trattati, come le leggi, ed i doveri ad un marito, ed uomo educato impongono.

» Il tribunale ebbe per vero, che la scrittura non conteneva una espressa convenzione di separazione personale de' conjugi V...... e M......, e che laddove fosse anch' espressamente convenuta, non avrebbe meritata esecuzione, perchè riprovata dall'articolo 307 del cod. vigente all'epoca della convenzione. Ebbe ancora per vero, che quella scrittura racchiudeva convenzioni da non poter reggere, sì perchè contrarie ai buoni costumi, e sì perchè dirette a derogare alla autorità del marito sulla moglie, e figlio, ed appartenenti al marito come capo della famiglia articolo 1085 1087 1341; e 1342 cod. del regno parte prima *L.* 6. *cod. de pactis L.* 28. *cod. de pactis dotalibus.* E su di queste osservazioni il tribunale con sentenza, intese le parti, de' 10 aprile corrente anno 1824 ordinò, come segue. » Sulle uniformi conclusioni del pub. minist. pronunciando diffinitivamente rigetta la dimanda inoltrata da D. G.... M...... con atto de' 17 febbraro 1824 e facendo dritto alla dimanda spiegata dal V.... V..... in linea di riconvenzione con atto incidentale del primo marzo 1824, ordina, che D. G.... M..... sia obbligata di abitare col detto di lei marito unitamente col comun figlio minore D. Francesco V......., siccome vicendevolmente il detto signor V...... sia obbligato di ricevere presso di se la detta sua moglie, e figlio, ed a somministrar loro tutto ciò, ch'è necessario ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze, e del suo stato.

» Avverso di questa sentenza produsse appello la signora M..... nella gran corte civile di Trani sostenendo la efficacia della scrittura privata del 1818; ed il pagamento delle pattuite contribuzioni.

» Questa gran corte osservò, tra le altre cose di esistere una decisione resa dall'abolita gran corte di Altamura de' 5 aprile 1814 con cui fu prescritto tra l'altro, che relativamente all'amministrazione de' beni dotali della signora M....., ed alle misure conser-

vatorie di essi, pretese dalla medesima, non avea luogo la dimanda. Considerò inoltre, che quel giudicato assicurava, ch'esistevano non lievi disgusti tra li suddetti conjugi, e che mentre la moglie si rendeva efficace per rientrare nella casa maritale, il signor V..... vi si negò, ed invece sottoscrisse quella scrittura; che essendosi eseguita per tanti anni, senza che il marito avesse richiamata la riunione, mostrava chiaro, che la causa di mala intelligenza, e disturbo continuava; e quindi conveniva farle conoscere per toglierle di mezzo, se vi sia luogo, o precedersi alla omologazione di quella scrittura ed ad un formale giudizio di separazione.

» Considerò pure quella gran corte, che dopo di essere stata la signora M..... autorizzata da suo marito a promuovere il giudizio, tutt'altro avrebbe dovuto essere il provvedimento de' primi giudici, di tal che, se esisteva tra' conjugi una convenzione puntualmente eseguita per più anni, e d'altronde non era loro disdetto di promuovere allo stato tutte le domande, che avessero creduto regolari, non si potea, che mettere nel nulla l'appello, e la sentenza di cui era l'appello, e rinviare le parti a provvedersi come di dritto pel giudizio di separazione personale.

» Considerò in fine, che provvisionalmente non trattavasi di pura causa di alimenti, la quale è sempre subordinata al giudizio di separazione; ma bensì di avere il signor V..... contratto l'obbligo di pagare alla moglie annui ducati 175 sù di che esisteva un'arretrato di ducati 148 e grani 50 per agosto 1823 e che a' 22 aprile 1824 era maturato altro semestre in ducati 87 e grani 50 per cui era giusto di condannare il signor V..... a pagare alla moglie ducati 236 in vigore della divisata convenzione, che dev' essere eseguita sino all'esito del giudizio, cui sono le parti rinviate.

» Dietro di queste considerazioni la gran corte di Trani con decisione de' 9 agosto 1824 ordinò, che per lo giudizio di separazione personale i conjugi V... e M...., si fossero provveduti come di dritto: e che intanto esso signor V... .. avesse pagato alla signora M.. . . ducati 236 per le corrisponsioni decorse a di lei favore sino a' 22 aprile 1824 in vigore della convenzione, la quale per questa sola parte fosse stata provvisoriamente eseguita sino all' esito dell' indicato giudizio di separazione.

» Questa decisione è stata da D. V..... V..... denunciata alla suprema corte di giustizia, chiedendone l'annullamento per via de' seguenti otto mezzi.

» Col primo si dice, che il foglio in quistione estorto dal timore, e violenza, è ineseguibile, poicchè i patti che vi si contennero, oltre a non essere permessi al tempo della sottoscrizione, perchè riprovati dalla legge, essendo i medesimi d'interesse all'ordine pubblico, e buon costume, non potevano esser formati con particolare convenzione. Quindi la gran corte civile col sanzionare quel foglio, e con dare una poco giusta estensione d' interpetrazione, ha violato in prima gli articoli 6 dell' abolito codice, e 7 della prima parte delle leggi in osservanza.

» Col secondo mezzo si dice, che il foglio di aprile 1818 non contiene nè una perpetua autorizzazione, nè una rinuncia di dritti, nè un' atto espresso di voluta separazione; ma piuttosto una facoltà provvisoria alla signora M..... accordata.

» Che inoltre era da esaminarsi colla legge del tempo, se esprimendo anche convenzione di separazione personale, fosse stata permessa in quell' epoca: che l'articolo 307 dell' abolito cod. portava allora interdizione di separazione de' conjugi per reciproco consenso; che quindi la gran corte civile di Trani ha violato il cennato articolo 307 ed ha violato anche l'articolo 2 parte prima delle leggi, le quali dispongono per l' avvenire, e non potevano retroagire.

» 3. Nel terzo mezzo si dice, che la gran corte civile ha anche violati gli articoli 1131 e 1133 dell' abolito codice, corrispondenti agli articoli 1085; e 1087 parte prima delle leggi, coll' avere autorizzata una separazione personale non convenuta fra le parti senza causa, e nella supposizione di una causa illecita non conosciuta.

» 4. Nel quarto mezzo si dicono violati ancora gli articoli 1387 e 1388 abolito codice, corrispondenti agli articoli 1341 e 1342 prima parte delle leggi, ove non è permesso

derogare ai dritti, che al marito competono sulla moglie, e figli.

» 5. Col quinto mezzo si dice violato l' articolo 214 corrispondente all' articolo 203 prima parte delle leggi, perchè avendo il marito richiesta la moglie, la gran corte civile ha estesa una provvisoria autorizzazione a volontà di separazione.

» 6. Col sesto mezzo si dicono violati gli articoli 373, 373 e 374 abolito codice, corrispondenti agli articoli 288 289, e 290 delle leggi civili togliendosi al padre l'autorità sui figli.

» 7. Col settimo mezzo si dice violato l' articolo 1428 abolito codice corrispondente all' articolo 1362 delle leggi civili togliendosi al marito l'amministrazione de' beni, che esclusivamente se gli appartiene.

» 8. Coll' ottavo mezzo, finalmente si dice violato l' articolo 1170 abolito codice, corrispondente all' articolo 1123 delle leggi civili, nel quale la condizione potestativa accorda alla parte il dritto di far succedere, ed impedire.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Mario Gusman pel ricorrente, e D. Vincenzo Tusi per la convenuta; ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso all' annullamento della decisione in esame, sol perchè la gran corte non ha obbligato la signora M.... a provocare il giudizio di separazione fra un dato tempo, o a riunirsi col marito, ed al rigetto del ricorso per tutto il dippiù.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Ha osservato

» Che l' azione proposta nel tribunale civile dalla signora M...... per la esecuzione della convenzione passata da gran tempo tra essa, e suo marito, e per omologarsi la separazion personale colla carta di quella convenzione stabilita, fu tutta illegale, e contra la santità del vincolo matrimoniale. La legge non ammette la volontaria separazione, ed è sempre indecente ogni convenzione sull' oggetto; e ciò tanto più, che colla madre era anche abilitato il figlio a permanere fuori il tetto paterno. La legge, e la decenza espressamente si oppongono a questa separazione, anzi obbliga la moglie, ed il figlio a seguire il marito, e padre rispettivo ovunque gli piaccia fissare il suo domicilio. Ammette è vero la legge ad esser limitatamente la separazione de' conjugi, ma questo è riserbato alla conoscenza del magistrato, e non alla volontà capricciosa de' conjugi.

» Ha osservato la corte suprema, che siffatte convenzioni quantunque eseguite dietro la reciproca acquiescenza, son sempre rivocabili, e perchè opposte alla legge, ed alla morale, e perchè appoggiate ad un semplice atto volontario non obbligatorio, e rivocabile ad ogni circostanza.

» Ha osservato la corte suprema, che ben a ragione il tribunale ciò provvide per la riunione de' conjugi, e che in conseguenza assai male fece la gran corte civile di Trani, quando riunendo la parte della sentenza ordinante la riunione de' conjugi, con novella decisione ordinò, che pel giudizio della separazione personale i conjugi V..... e M..... si provvedessero come di dritto.

» Ha osservato la corte suprema, che la gran corte civile, mentre col fatto conobbe, che la convenzione de' conjugi per la separazione non dovesse, nè potesse aver effetto, abilitò entrambi per un giudizio regolare di separazione, mentrecchè il marito a buona ragione domandava il ritiro della moglie, e del figlio in sua casa.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione, rimettendo le cose nello stato ad essa precedente; invia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirsi il deposito.

Delle ragioni che escludono la separazione.

» §. 7. Sarà estinta l'azione di separazio-
» ne colla riconciliazione de' due conjugi,
» avvenuta tanto dopo i fatti che avrebbero
» potuto autorizzarla, quanto dopo la do-
» manda della separazione stessa. *Art.* 223
» *Leg. civ.*

» La riconciliazione, dice Toullier, è espressa, o tacita e presunta. È lasciato alla prudenza de' giudici di pesare i fatti coi quali si pretende provare la riconciliazione o il

perdono dell' offesa. D' altronde il silenzio serbato dal conjuge offeso non potrà essere considerato come una remissione dell' offesa o come una riconciliazione, se i cattivi trattamenti o la mala condotta continuassero.

» Ma se fossero interamente cessati, e che il silenzio si fosse prolungato pel corso di un anno, senza che potesse attribuirsi a mancanza di libertà, sembra che i tribunali ai quali la legge lascia su questo punto grande ampiezza di potere, dovrebbero estendere a questo caso il motivo d' inammissibilità stabilito dall' articolo 957 (882 *Leg. civ.*) contra la rivoca delle donazioni per causa d' ingratitudine, e dichiarare la domanda di separazione personale inammissibile per causa della riconciliazione, o del tacito perdono dell' ingiuria. Non si può riguardare la vita comune come divenuta insopportabile al conjuge oltraggiato, qualora dopo cessato l' oltraggio egli continuava ad abitare coll' altro, e serba il silenzio su ciò che è passato.

» I dottori danno per esempio del perdono dell' offesa, e di una tacita riconciliazione il caso in cui il marito dopo di aver conosciuto l' adulterio della moglie ha nondimeno coabitato con lei. *Toullier. Corso di dritto civ. T.* 2 *n.* 761.

Vedi. *Adulterio* §. 6.

Ha luogo la riconciliazione dopo chiesta la separazione per la condanna di uno de' conjugi a pena infamante? Locrè *Spirito del cod. civ. su l' art.* 272 *suddivis.* 2 crede che no. » Il condannato, ei dice, ha offesa la società soltanto: se al conjuge innocente è lecito il far pronunziare la separazione, ciò non è già, perchè sia egli oltraggiato: è bensì per la ripugnanza che naturalmente sente un' anima onorata di collegare la sua sorte a quella di un ente degradato. » Ma se tale ripugnanza è vinta dal conjuge, e vuol egli riconciliarsi col conjuge condannato troverà ostacoli nel magistrato quando la legge alla regola generale della riconciliazione non ammette eccezione alcuna?

» §. 8. Nell' uno e nell' altro caso la domanda sarà dichiarata inammessibile. Potrà nondimeno l' attore intentare una nuova azione per la sopravvegnenza di altra causa dopo la riconciliazione: ed allora potrà far uso delle cause precedenti per appoggiare la nuova sua domanda. *Art.* 224 *Leg. civ.*

È una reviviscenza delle precedenti cagioni l' ultima che dà motivo alla nuova domanda di separazione, dopo che la prima non fosse stata ammessa. Si riuniscono in questo caso tutte le circostanze valevoli a mettere il magistrato nella posizione di valutare l' insieme dei fatti dedotti, e decidere sulla domanda rinnovata.

» §. 9. Se l' attore nega che siavi seguita riconciliazione, il convenuto potrà darne la pruova col mezzo o di scritture o di testimonj. *Art.* 225 *Leg. civ.*

Degli effetti della separazione.

» §. 10. La moglie contro di cui sarà pronunziata la separazione a causa di adulterio, verrà condannata colla medesima sentenza ad essere ristretta in una casa di correzione per un tempo determinato non minore di tre mesi, nè maggiore di due anni. *Art.* 226 *Leg. civ.*

Queste disposizioni prese in linea civile restano indipendenti da quelle stabilite in un giudizio penale. Vedi il §. 1 ed *Adulterio* §. 2.

» §. 11. Sarà in arbitrio del marito il sospendere la condanna o l' effetto della condanna, quando acconsenta di riunirsi colla moglie. *Art.* 227 *Leg. civ.*

Vedi *Adulterio* §. 6.

» §. 12. Per qualunque causa abbia avuto luogo la separazione, il conjuge contro al quale sarà stata ammessa la separazione perderà il dritto a tutti i lucri che il consorte gli aveva accordati, sia nel contratto matrimoniale, sia dopo il matrimonio. *Art.* 228 *Leg. civ.*

Il conjuge già deffinitivamente separato perde la sua porzione nella comunione, e separata la moglie perde la sua dote? Delvincourt con ragione si attiene alla negativa. » Anticamente, ei dice, la moglie convinta di adulterio decadeva dalla sua dote, dall' assegnamento vedovile, e da tutte le sue convenzioni nuziali. Sopra di ciò vi era di più una ragione che non più esiste attual-

mente; cioè che la moglie in questo caso era condannata alla pena dell'autentica, ordinariamente perpetua, e conseguentemente le impediva di rimaritarsi. Oggi la pena dell'adulterio è temporanea, e forse anche di troppo breve durata, e la donna può rimaritarsi dopo averla subita, se suo marito venga a morire prima di lei. *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 2 *nota* 207 *al tit.* 6.

Pei lucri, che un conjuge aveva accordati all'altro, il medesimo giureconsulto soggiunge che nel caso di donazioni » il donante non ha bisogno di rivocarle: nella ipotesi presente esse sono rivocate di pieno dritto.

» *Quid* riguardo alle donazioni che avran potuto farsi al conjuge reo convenuto dai parenti del conjuge attore sia col contratto di matrimonio, sia dopo il contratto? Io credo ch' esse sieno egualmente rivocate. Argomento tratto dall'articolo 1113 (1067) il quale riguarda come causa di nullità del contratto la violenza esercitata sugli ascendenti della parte contraente; ciò che non può essere fondato che sul riputarsi gli oltraggi fatti a queste persone, come fatti a noi stessi. D'altronde nella detta ipotesi questi lucri debbono essere sempre riputati fatti in considerazione sia del matrimonio, sia dell'altro conjuge, e sotto l'uno e l'altro rapporto essi debbono essere rivocati colla separazione personale; ed io penso che ciò dee aver luogo tanto maggiormente in tutt'i casi nei quali il conjuge attore è erede del donante.

» Bisogna inoltre notare che tutte le rivocazioni le quali possono aver luogo non pregiudicano in alcun modo ai dritti acquistati dai terzi. Vi è qui una specie d'ingratitudine; ed ai termini dell'articolo 958 (883) la rivoca per questa causa non può pregiudicare nè alle alienazioni fatte dal donatario, nè alle ipoteche ed altri pesi reali ch'egli ha potuto imporre sugli oggetti donati anteriormente alla rivoca. *Ibidem. Nota* 208.

» §. 13. Il conjuge che avrà ottenuto la » separazione, conserverà i lucri accordatigli dall'altro conjuge, quantunque essi » fossero stati stipulati reciprocamente, e la » reciprocanza non abbia luogo. *Art.* 229 » *Leg. civ.*

Disposto col precedente articolo, che il conjuge contro di cui siasi ammessa la separazione perde i lucri accordatigli dall' altro conjuge, con l'articolo presente si lasciano i lucri a favore di quest' ultimo » sia per contratto di matrimonio, soggiunge Delvincourt, sia dopo del matrimonio; con questa differenza, che le donazioni fatte ai conjugi dopo del medesimo, essendo essenzialmente rivocabili, il conjuge convenuto conserva il dritto di rivocarle. Si è voluto pretendere il contrario, ed appoggiarsi a questo riguardo sull'articolo 300 (229) che sembra decidere indistintamente che il conjuge attore conserva tutti gli utili che gli sono stati conceduti. Ma bisogna osservare che all'epoca in cui si adottò l'articolo 300 il titolo delle donazioni fra vivi e de' testamenti non si era ancora scritto: s' ignorava dunque se si conservassero le disposizioni del dritto antico, le quali proibivano le donazioni fra i conjugi, ad eccezione del donativo scambievole, il quale non era rivocabile che per consenso di ambedue le parti. Non si può dunque dire che l'articolo 300 ebbe in mira le donazioni di cui è questione nell'articolo 1096 (1030). D'altronde, cosa vuole intendere l'articolo 300 quando dice, che il conjuge attore conserva gli utili? null'altro che questi utili non sono rivocati di pieno dritto, come quelli accordati al conjuge reo convenuto; ma s' egli li conserva li dee conservare nello stesso stato, e colle medesime condizioni come per lo innanzi. Or per lo innanzi essi erano rivocabili, dunque dovevano continuare ad esser tali. Noi vediamo infatti in più disposizioni essere stata mente del legislatore che la separazione personale non potesse nuocere a colui che l'avesse ottenuta; ma non vediamo in alcun luogo ch'egli abbia voluto che questi ne profittasse. Del resto ciò è conforme al dritto romano di cui abbiamo adottato le disposizioni principali su le donazioni fra marito, e moglie, le quali in Roma erano anche rivocate di pieno dritto per mezzo del divorzio, senza distinzione fra i conjugi *L.* 61 §. 1 *D. de donat. in-*

ter. vir. et ux. L. 18 *eod. cod. Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 2 *nota* 209 *al tit.* 6.

» §. 14. Se i conjugi non avessero stipu-
» lato alcun lucro, o se questo non appa-
» risse sufficiente ad assicurare il sostenta-
» mento del conjuge che ha ottenuta la se-
» parazione, il tribunale potrà ordinare a
» di lui favore sopra i beni dell'altro con-
» juge una pensione alimentaria non ecce-
» dente il terzo delle rendite di costui. Que-
» sta pensione sarà rivocabile nel caso in
» cui cessasse il bisogno. *Art.* 230 *Leg. civ.*

La già nostra corte di cassazione con decisione de' 9 agosto 1810 consagrò la massima, che gli alimenti dovuti dal marito alla moglie separata di corpo sono soggetti a variazione secondo le circostanze.

Fatto. Con istromento de' 24 dicembre 1795 fu convenuta la perpetua separazione tra' signor conjugi Domenico de' Ruggieri ed Anna Susanna Copin Miribel: si stabilì di poter la moglie vivere o qui in Napoli, o in Malta. Il signor Domenico de Ruggieri si obbligò solidalmente col signor Pietrantonio di lui figlio di corrispondere alla Copin rispettiva moglie e madrigna ducati ventiquattro mensuali in Napoli, e rinunciò tra l'altro al beneficio di competenza, e la Copin rinunciò alla sopravviveuza di annui ducati 600 promessile nelle tavole nuziali.

» Durante la dimora della Copin in Malta Ruggieri adempì alla convenzione. Passata ella in Pisa si sospesero i promessi pagamenti a causa della cambiata dimora. Il governo con determinazione de' 5 dicembre 1801 dichiarò che l'espressioni di viver separata la Copin dal marito in Malta, o in Napoli, non limitavano la di lei facoltà di vivere altrove, e che perciò si avessero come non iscritte.

» La vicaria civile eseguì il sovrano rescritto, ed ordinò il pagamento contro di Ruggieri.

» In gennaro 1807 si fece altro attrasso da Ruggieri. Copin ottenne ordini di pagamento dall'abolita vicaria. Ruggieri oppose di nuovo la necessità della residenza in Napoli. Il ministro di giustizia con risoluzione de' 21 dicembre dietro parere dell'abolita real camera ordinò il pagamento dell'arretrato e la continuazione dell'assegnamento.

» Allora la Copin dimandò il pagamento. I Ruggieri vi si opposero pretendendo la minorazione dell'assegnamento pel cambiamento di lor fortuna. La vicaria civile a dì 27 dicembre 1807 ordinò il pagamento, e stabilì farsi consulta sulle cose da' Ruggieri opposte. I Ruggieri impugnarono tal determinazione colle nullità, delle quali la seconda riguardava la minorazione del mensuale assegnamento. Scaduti altri maturi ne fu dal tribunale di prima istanza di Napoli ordinato il pagamento a' 17 novembre 1809 colla clausola di provvisionale esecuzione.

» Appello e citazione a breve termine. Discussa questa, i Ruggieri chiesero nella corte di appello residente in Napoli la discussione delle nullità prodotte contro il decreto de' 27 dicembre 1807.

» Queste nullità furono discusse nel dì 19 marzo dell'anno 1810 dalla corte di appello, la quale dichiarò di ostare la seconda nullità riguardante la minorazione dell'assegnamento, ed ordinò che il tribunale di prima istanza sulla dimandata riduzione avesse proceduto come di dritto.

» Contro tale decisione per la parte riguardante la minorazione dell'assegnamento si produsse dalla Copin ricorso per cassazione, sostenendo.

» 1. Che per disposizione del ministro di giustizia de' 9 agosto 1809 in rapporto alle cause antiche si prescrisse doversi rigettare dal ruolo di udienza, e non sentirsi veruna conchiusione, se non si fosse, col metodo in tal disposizione enunciato, appurato il fatto avanti al giudice destinando, qualora i patrocinatori non avessero in esso concordato; e che contro di ciò avea operato la corte di appello.

» 2. Che coll'articolo 1 del decreto de' 4 marzo 1809 fu prescritto di doversi decidere ne' tribunali di appello i gravami pendenti avverso le sentenze de' tribunali di prima istanza della capitale; e coll'articolo 2 della stessa legge si prescrisse di continuarsi il giudizio, precedente citazione delle parti a comparire innanzi allo stesso tribunale: ciò non fu eseguito nella causa in quistione, perchè mancava la citazione della Copin.

» 3. Che la citazione fatta dalla Copin a' 17 marzo 1810 contra Ruggieri era per la discussione delle nullità della citazione pria del merito della causa, a tenore dell' articolo 173 del cod. di rito civile, e colla stessa citazione erasi fatta formale protesta: ciò non ostante la corte di appello omise di decidere sulla materia che alla sua discussione si portava, e decise su di ciò che non dovea.

» 4. Che la citazione della Copin contro Ruggieri conteneva una eccezione perentoria della lite, risguardava le nullità incorse nella citazione fatta da' Ruggieri, ed indicava non esservi più luogo ad appello dopo il trascorrimento di tre mesi: ciò non ostante la corte di appello aveva aperto un giudizio per la minorazione dell' assegnamento.

» 5. Che coll' essersi ordinato un nuovo procedimento sulla minorazione dell' assegnamento, si era deciso contro tre giudicati uniformi.

» 6. Che lo strumento in disputa conteneva una transazione dello spillatico e della sopravvivenza in annui ducati cento co' ducati 24 mensuali, ed intanto si era aperto un giudizio contro una transazione guarentita dall' articolo 2052 del codice civile.

» 7. Che collo stesso strumento rinunciavasi ad ogni eccezione, discussione e privilegio, anche di competenza, ed intanto si era deciso contro a' fatti in tale strumento contenuti.

» Questo ricorso fu dalla prima sezione della gran corte ammesso con decisione de' 21 maggio dell' anno 1810.

» Udito il rapporto del giudice cavalier Parrilli: intesi D. Daniele Formato avvocato della Copin, e D. Gaspare Capone avvocato de' Ruggieri: ed inteso il pubblico ministero rappresentato dal giudice Farina nelle sue verbali conclusioni. »

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio. »

» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione. »

» Considerando per rito, che la determinazione del gran giudice ministro della giustizia de' 9 agosto 1809 non ebbe per oggetto che l' accerto del vero nella ricerca de' fatti; che nella causa presente tanto maggiore questo divenne, in quanto che non dal solo commessario della causa, ma dall' intera corte furono a vista delle contrarie posizioni da patrocinatore a patrocinatore notificate, verificati i fatti e consegnati nella decisione. »

» Considerando parimente, che non mancò al patrocinatore della signora Copin la scienza legittima di essersi da' signori Ruggieri chiesta la discussione delle nullità pendenti avverso il decreto de' 27 dicembre 1807 dell' abolita gran corte della vicaria: che malamente contro alla decisione attaccata si alleghi la violazione degli articoli del codice di procedura civile, per non essersi prima deciso sulla nullità dell' appello da' signori Ruggieri prodotto avverso la posteriore sentenza de' 17 novembre 1809 dal tribunale di prima istanza profferita, perciocchè non di questo appello era quistione, ma sibbene del precedente gravame delle nullità rimaste indecise. »

» Considerando per dritto, che la legge non accorda che a solo titolo di alimenti le somministrazioni mensuali dovute dal marito alla moglie separata di corpo: che siffatto titolo alimentario, secondo che la decisione attesta, è stato tra le parti stesse convenuto coll' istrumento di assegnamento: che anche quando tal contratto passato tra il marito e la moglie, riputar si volesse una transazione alimentaria, dovendo questa per disposizione dell' articolo 2052 del codice civile valere quanto una decisione diffinitiva interposta in ultima istanza, siccome siffatte decisioni son soggette a rivoca o a riduzioni, secondo che colui il quale ha l' obbligo degli alimenti si trovi nel caso di non potere in tutto o in parte adempirli, così del pari le transazioni alimentarie non possono sottrarsi all' azione di rivoca o di riduzione sanzionata nell' articolo 209 del codice civile. »

» Considerando infine che la rinunzia al beneficio di competenza stipulata tra il marito e la moglie, incorrendo nel vizio d'immoralità, non può essere dalla legge garantita. »

» La gran corte ha deciso rigettarsi il ricorso prodotto dalla signora Anna Susanna Copin de' Miribel avverso la decisione della corte di appello residente in Napoli profferita il dì 19 marzo 1810. »

» §. 15. Quando la separazione sia avve-

» nuta per causa del marito, la moglie riprende tutti i frutti della dote; e nel caso, che fossero insufficienti al di lei sostentamento, il marito è obbligato ad assegnarle un supplimento per alimenti, colla limitazione dell' articolo precedente. *Art.* 231 *Leg. civ.*

Dalla suprema corte di giustizia fu presa ad esame la questione se la moglie giustamente separata dal marito abbia dritto alla percezione dei frutti delle di lei doti, in modo che possa ella cedere il dritto di ricuperarli quando non li abbia avuti. L'affermativa regolata secondo le teorie del dritto romano venne stabilita con decisione de' 18 aprile 1820.

» *Fatto.* Con istromento degli 8 gennajo 1782 Michelangelo Z. . . . seniore ratificò i capitoli pel matrimonio della sua figlia D. Marianna col marchese D. Pietro B. . . . In essi eran state costituite le doti in ducati 7500 pagabili liberi e senza condizione in due fedi di credito nel giorno delle nozze con l' obbligazione solidale dello stesso marchese e suo fratello Vescovo su diversi immobili in Rocchetta, Arpino, ed Alvito; ed alla sposa era stato promesso lo spillatico in mensuali ducati 5, l' antefato, e tutt' altro, che da' suddetti capitoli apparisce.

» Contratto il matrimonio, Z. . . . pagò soli ducati 4000: ricusò pagare il restante sul motivo, che le doti non fossero caute su i beni del marito per esser feudali. Questa ripugnanza diede occasione al giudizio introdotto dal marchese nel già S. R. C. tanto pel conseguimento de' residuali ducati 3500 quanto per un supplimento di paraggio. Ma ben tosto succedè un' istrumento di convenzione stipulato a 14 giugno 1786 con cui 1. quei conjugi rinunziarono al giudizio introdotto, ratificarono le convenzioni contenute ne' capitoli matrimoniali, e fecero la rinunzia in conformità delle stesse: 2. Il marchese si obbligò a sue spese ottenere il regio assenso per l' obbligazione de' feudali della Rocchetta a cautela de' ducati 4000 e di ogni altro lucro dotale: 3. In pendenza di detto regio assenso si convenne, che i ducati 3500 rimanessero nelle mani di Z. .. impiegati a compra di annue rendite su tutti i di lui beni alla ragione del 4 per 100 importanti annui ducati 140: 4. Che il corso di questo interesse si computasse dal dì 27 maggio 1783 giorno dello sponsalizio, cosicchè si trovava cumulata la somma de' ducati 420 sino a quel punto: 5. Che detti ducati 420 fossero parimenti rimasti impiegati in compra di altre annue rendite di ducati 16. 80 e che gl' interessi decorrendi dall' uno, e dall' altro capitale in uno duc. 156. 80 dovessero similmente rimanere impiegati in capitale alla stessa ragione fino al moltiplico di ducati 7500 che sarebbero restati per fondo dotale di D. Marianna Z... da rimpiegarsi in ogni caso di retrovendita col medesimo vincolo dotale, e di moltiplico: 6. Bisognando danaro al signor B. . . , Z. . . . per tre anni continui, ed interpellatamente a piacimento del creditore fosse stato tenuto pagarli dette annualità: 7. Che impetrandosi il regio assenso per l' obbligazione de' feudali, dovesse cessare il moltiplico, fermo l' impiego pe' soli ducati 3500.

» In seguito di questa convenzione risulta da estratti di un processo della già gran corte criminale presso lo scrivano Serena, che per discordie nate tra B. . . ., e la Z. . . . ., ed a causa di sevizie da quello praticate, fu questa di ordine del giudice Senzio col consenso del di lei marito consegnata a D. Francesco Bauher; e quindi lo stesso suo marito consentì, che fosse andata a visitare suo padre in Taranto, portando seco il suo corredo, gioje, ed altro, che fu descritto in un istrumento del 1 ottobre 1787 per notar Caputo. Esiste anche nel processo della vicaria criminale real dispaccio de' 4 ottobre 1788 col quale fu ordinato, che sulla vertenza tra D. Pietro B. . . . e la moglie, ed il suocero avesse continuato a procedere il giudice Senzio, come colui, che le parti aveano spontaneamente adito; e risulta in fine dal processo della sopraintendenza del minore Z. . . ., e propriamente da una istanza del tutore di costui che il marchese B. . . domandò in S. C. il ritorno della moglie, e che nata quistione di commessario fu deciso, che in tal causa procedesse il consigliere Starace, e che nella causa della esecuzione dell' istrumento del 1786 procedesse il consigliere Cito.

» Questi avvenimenti diedero occasione alla disposizione testamentaria di D. Michelangelo Z. . . . de' 21 gennaro 1791 mediante la quale, dopo aver istituito suo erede universale D. Cataldo suo figlio, gli ordinò di non molestare D. Marianna sua figlia nell'abitazione della sua casa, e nemmeno nel corredo, gioje, e peculio, che le apparteneva; e che vita di lei durante, oltre gli utenzilj di letto, e cucina le avesse somministrati annui ducati 400; che poco dopo aumentò di altri ducati 20 restando a di lui carico il ricupero delle doti pagate, non che a di lui profitto i frutti delle medesime. In conformità di questa disposizione D. Marianna con istrumento de' 13 ottobre 1792 per notar Castriota cedè ogni diritto per la esazione de' suddetti frutti.

» Poco dopo venuto a morte D. Cataldo col suo testamento de' 5 giugno 1793 istituì erede il suo figlio minore D. Michelangelo, ed aumentò in favore delle sorelle il legato paterno di altri ducati 80 a condizione di osservarsi quanto era stato ordinato dal padre. D. Marianna con nuovo istromento de' 15 giugno dello stesso anno cedè all'erede scritto i suoi dritti per la esazione de' frutti delle sue doti.

» Sino al 1816 vi furono varj atti giudiziarj ad istanza di Z. . . . per la riscossione di tali frutti dotali; ma quelli o per la detenzione avvenuta del marchese B. . . ., o per altri accidenti restarono senza effetto. In aprile 1816. D. Michelangelo Z. . . . . citò al tribunale civile di Terra di Lavoro il marchese D. Domenico, e la germana D. Teresa B. . . . figli, ed eredi del marchese D. Pietro per sentirsi condannare al pagamento de' ducati 6883. 23 dovuti, cioè ducati 1110. 16 in virtù di esecutoriali spedite dal già S. R. C. nel dì 1 febbrajo 1798 per interessi de' ducati 4000 dotali della loro madre a tutto agosto 1797; altri ducati 3733. 22 per 18 annate di simili interessi a tutto aprile 1816; e ducati 2041 per gli annui ducati 60 di spillatico decorsi fino a 9 febbrajo 1816. Citò pure con altro atto dello stesso mese, ed anno D. Marianna Z... a sostenerlo contro i figli, onde adempissero a richiesti pagamenti, altrimenti esser esso Z. . . . discaricato dall'ulteriore prestazione del legato averno, e paterno, ed esser essa D. Marianna condannata alla restituzione delle somme esatte.

» Il marchese B. . . . con citazione del 31 agosto contradicendo alle intenzioni dell' attore, per via di riconvenzione domandò astringersi il Z. . . ., come erede di D. Michelangelo suo avo a pagare in forza dell'istromento de' 14 giugno 1786 ducati 1047 20 per moltiplico fino al dì 16 aprile 1790 una cogl' interessi dal detto giorno decorsi a tutto il dì 16 aprile 1816 importanti ducati 1115.37; condannarsi lo stesso al pagamento degl' interessi de' residuali ducati 3500 dotali importanti dal dì 16 aprile 1816 duc. 4550; obbligarsi lo stesso a far deposito de' suddetti ducati 3500 per impiegarsi in compra; e finalmente ordinarsi un supplimento di paraggio attenta la dovizia del patrimonio di Michelangelo Z. . . . seniore, che oltrepassava i ducati 40000. S' incaricò in seguito del decreto del S. R. C. del dì 13 settembre 1794 ordinante contro B. . . . il deposito degl' interessi decorsi, e le lettere esecutoriali spedite successivamente in febbrajo 1798 per l'interessi a tutto agosto 1797 e si sforzò dimostrare che tali atti fossero nulli, sì perchè interposti senza sentirsi il marchese B..., e sì perchè D. Marianna spontaneamente avea abbandonata la casa del marito.

» Anche D. Marianna Z. . . . . fece le sue difese allegando l'adempimento per parte sua della condizione del legato.

» Dopo varj atti di difesa, e di risposta il tribunale a 19 giugno 1818 con sua sentenza condannò D. Domenico e D. Teresa B. . . . a pagare in beneficio di D. Michelangelo Z. . . . ducati 2277. 72. Assolvè D. Marianna dalle domande di Z. . . . Dichiarò non esser per ora luogo a deliberare sulla domanda del pagamento del residuo delle doti di D. Marianna, nè esser luogo a supplimento di paraggio. Condannò B. . . alla metà delle spese.

» Appellò da questa sentenza il sig. Z...; ne appellò pure in incidente il marchese B... La gran corte in grado di contumacia riunita a' 17 aprile 1819 pronunziò in questi termini -Rigettando l'appello principale, e fa-

sendo dritto all' incidente, dichiara, che i frutti dotali della marchesa D. Marianna Z.... siano dovuti al suo cessionario D. Michelangelo dal dì della morte di D. Pietro B... Ordinò eseguirsi la sentenza appellata per la parte, che avea messa fuori causa D. Marianna. Dichiarò che il moltiplico convenuto con l' istrumento di giugno 1786 abbia il suo effetto sino al giorno della morte di detto D. Pietro qualora non siasi formato prima il moltiplico de' ducati 7500. E finalmente ordinò un calcolo di detto moltiplico colla indicazione degl' interessi, se ve ne fossero decorsi sino alla morte del marchese al 4 per 100 in vista del quale calcolo riservò le altre provvidenze.

» Avverso questa decisione D. Michelangelo Z. . . . ha prodotto ricorso per annullamento su i seguenti mezzi.

» 1.° e 2.° La gran corte aggiudicando al ricorrente i soli frutti dalla morte del marchese D. Pietro B. . . . in poi violò i due titoli autentici, cioè i testamenti di D. Michelangelo seniore, e di D. Cataldo Z...... Siccome anche li violò credendo puro il legato, che si contiene, e violò i due successivi istromenti di cessione del 1792; e 1793, e la *L.* 10 *ff. de condit. et demonstratione.*

» 3.° La marchesa D. Marianna ne' citati istrumenti non fece distinzione di epoca; dunque non poteva farla il magistrato.

» 4. La gran corte và in contraddizione coi giudicati del S. C. de' 13 settembre 1794, e 5 dicembre detto anno non che colle lettere esecutoriali del 1798.

» 5. La gran corte ha contravvenuto al real dispaccio de' 4 ottobre 1788 con cui fu sovranamente risoluto di dovere il marchese contribuire al suocero gli alimenti prestati alla moglie. Contravvenne pure al decreto de' 16 novembre 1789 del giudice Caccia per la corrisponzione de' mensuali ducati 15 per alimenti della stessa ed altro.

» 6.° e 8.° Coll' essersi esonerata D. Marianna si sono doppiamente violati gli istrumenti del 1792 e 1793; siccome pure si son violati i citati giudicati del S. C. che sotto l' obbligo di cedere le sue ragioni, le permisero l' esazione del legato, non che la *L.* 4 *ff. de hered. vel act. vend.*

» 9.° La gran corte offese l' istrumento del 1786 con cui si volle, che ottenendosi dal marchese il regio assenso per l' obbligazione de' feudali cessasse il moltiplico. Questo regio assenso fu ottenuto a 16 aprile 1790.

» Mezzi aggiunti.

» 1.° Violate le leggi 20, 29, e 30 *cod. de jur. dot.* dettanti, che alla moglie separata per giusta causa sian dovuti i frutti dotali.

» 2.° Violata la legge 42 §. 2 *ff. sol. matr.*, che insinua, che nella moglie, alimenti, e frutti dotali siano lo stesso.

» 3.° Violata la legge 18 *ff. com. divid. L. ult. cod. de fideic. lib.* e §. 34 *instit. de act.* L' appellante in incidente si limitò ad una riduzione delle somme ordinate dai primi giudici, e la gran corte l' ha assoluto all' intutto.

» 4.° Violate le stesse leggi e l' art. 544 delle leggi della procedura. Subitocchè la gran corte oltre la volontà spiegata dall' attore, li accordò i frutti dotali decorsi dopo i 16 aprile 1790.

» Udito il rapporto: Intesi il cavaliere Ruggiero avvocato di Z. . . . . , e D. Gaspare Capone avvocato di B. . . . Ed inteso il pubblico ministero che colle sue conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso, per ciò che concerne i frutti dotali dichiarati di appartenenza del marito B. . . di rigettarsi ugualmente per ciò, che riguarda la garantia chiesta dal Z. . . . contro D. Marianna; e si è riportato a quello, che la corte suprema sarà per decidere su la quistione del moltiplico.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la dicisione: visto il ricorso.

» La suprema corte ha osservato, che nella causa sommessa al suo esame concorrono tre quistioni: due nel rapporto tra Z. . . . e B. . . . e l' altra nell' interesse tra Z. . . . istesso, e la zia D. Marianna 1 qual' è il dritto di Z. . . . ai frutti dotali di D. Marianna sua zia 2. Quale fu la durata del moltiplico convenuto nell' istrumento del 1786? 3. Quale puol essere l' efficacia della garantia

pretesa da Z. . . . contro della zia medesima? Intorno a questi tre articoli ha la corte suprema fatte le seguenti considerazioni.

» Sulla prima quistione.

» Circa i frutti dotali di D. Marianna Z. . . . dal dì della morte del marchese B. . . . suo marito in poi non vi è disputa. La gran corte civile, gli ha attribuiti a D. Michelangelo Z. . . . suo cessionario, e la decisione non è stata per questa parte attaccata con ricorso da alcuno de' contendenti. Tutta l'altercazione adunque si riduce al destino, e pertinenza di questi frutti dal dì, nel quale D. Marianna si divise dal marito, fino al giorno, in cui cessò di vivere.

» In questo aspetto è sembrato alla suprema corte di non potersi dubitare della legittimità della separazione di D. Marianna dal Marchese accaduta in settembre 1787: quantunque sull'origine, e sulla causa della contesa, e discordia, che accadde allora esistano le complicate diligenze allora prese, nondimeno esse non lasciano di essere indici dell' avvenimento, che diè motivo alla separazione, e di essere seguite da monumenti tali, che la giustificano pienamente. Prescindendo, che se per capricci, o frivoli motivi D. Marianna si fosse allontanata dalla casa del marito, nè il Reggente della gran corte nè il giudice commessario avrebbero omesso di ricondurvela: a questa grave presunzione si accoppiano le sacre voci del sovrano espresse nel real dispaccio del 1788. Ivi la M. S. si mostrò appieno informata de' gravi maltrattamenti verbali, e reali, che D. Marianna dovè soffrire dal marito, e dal cognato; ed ivi il Re ebbe tanto per legittima la separazione, che sembrandogli un artifizio del marchese l'essere ricorso nel S. C. acciò la gran corte criminale rimanesse inibita, conferì ogni giurisdizione al giudice commessario nella gran corte criminale.

» Conseguenze della sovrana determinazione furono due decreti del delegato giudice Caccia, il quale non potea profferirli, se non ammettendo, come ben separata D. Marianna dal marito, e quantunque essi non esistano originalmente, ad ogni modo la notizia, che gli atti ne somministrano, e la circostanza di non averli la gran corte civile dichiarati inesistenti, han ben potuto determinare la corte suprema valutarne l'influenza sul proposito.

» Ma ove pure una dubitazione qualunque lasciasse la non esistenza di quei due decreti nel loro originale, niuna poi ha saputa incontrarne la corte suprema in vista del giudicato reso dal S. C. nel 1794. Se quel supremo tribunale non avesse riputato D. Marianna legittimamente separata dal marito, non avrebbe obbligato costui al disborso de' frutti de' ducati 4000 dotali, che erano presso di lui, disborso, la di cui efficacia non rimane attenuata dall' avere il S.C. ordinato deposito, e non pagamento; poichè, se ingiusta fosse stata la separazione, non avrebbe il magistrato, anche per via di deposito privato il marito de' frutti dotali in grazia di una moglie sconsigliata.

» Trova quindi la corte suprema, che la gran corte civile, chiamando frivolo, e capriccioso, e senza giusta causa l'allontanamento di D. Marianna dal marito, e neppure rammentando il real dispaccio del 1788 abbia sovvertito i fatti certi, che concorrevano nella causa, ed abbia contravvenuto ai dettami, che dallo stesso real dispaccio, e da posteriori giudicati risultavano.

» Ciò premesso si è rivolta la suprema corte ad esaminare qual fosse il dritto di D. Marianna, separata già dal marito, a' frutti della sua dote. Egli è indubitato, che nello stato pacifico de' conjugi la legge attribuiva i frutti dotali al marito per sostenere i pesi del matrimonio, fra i quali però il primo era quello del mantenimento, e degli alimenti della moglie, come appare dalla *legge* 20 e 29 *cod. de jur: dot.* Ma quando il marito co' suoi cattivi portamenti costringe la moglie ad allontanarsi da lui, sarebbe ben duro, sconvenevole, ed ingiusto, ch' egli godesse de' frutti della dote, e la moglie ne rimanesse defraudata. Sarebbe allora inutile pretesto il dire, che quei frutti debbano servire al sostentamento della famiglia; poichè distaccata dalla famiglia per giusta causa la moglie, debbano i frutti dotali seguire la primitiva, e principale loro destinazione; cioè sostenere ed alimentare colei, a chi appartiene il capitale della dote.

» Su questi principj la suprema corte ha trovata inesatta per legge l'asserzione della gran corte civile; che se la moglie per giusta causa si fosse separata dal marito, avea soltanto la facoltà di chiedere gli alimenti. Le leggi romane tra i frutti dotali della moglie, e gli alimenti della medesima non fecero alcuna distinzione. Esistono sul proposito due responsi di Papiniano registrati nella *legge* 42. §. 2. *D. solut. matrim*, e nella *legge* 69. §. 3. *D. de jur. dot.* ed un luogo di Scevola nella *legge* 17. *D. de dot. mal. et met. except*, nelle quali a chiare note vien contestata siffatta verità. Nè due responsi, che il Cujacio ne'suoi commentarj trova concordanti fra di loro, Papiniano riconosce nel marito il dritto a far suoi i frutti dotali, *si propris sumptibus uxorem suam exhibuit*, altrimenti dice, che costui *improbe* lo domandi; Scevola poi rigetta anche la promessa delle usure dotali *quando maritus nullam impensam fecerit* per alimentare la moglie.

» Allorchè dunque il real dispaccio dichiarò il marchese tenuto a contribuire gli alimenti alla moglie; allorchè il giudice Caccia, autorizzato dal real dispaccio a procedere anche per la causa alimentaria, da un lato obbligò il marchese a pagare ducati 15 mensuali alla moglie per alimenti, e dall'altro lato permise al vecchio Z. . . : di corrispondere alla figlia per la stessa causa le annualità del residuo dotale di ducati 3500 rimasti presso di lui; allorchè infine il S. C. ordinò al marchese di depositare gl'interessi de' ducati 4000 dotali a lui pagati, tutto ciò avvenne perchè la sapienza del Re, e quel supremo magistrato conobbe, che a D. Marianna i frutti della sua dote sempre, e precipuamente fra gli altri pesi eran dovuti sia sotto questo nome, sia sotto quello di alimenti. E se il S. C. ne ordinò il deposito per allora, e non il pagamento diretto, la lettera stessa del suo decreto annunzia, che lo fece perchè dovea D. Marianna far prima la cessione di sue ragioni al nipote in conseguenza del testamento del padre.

» Sul quale testamento non lascia di osservare la corte suprema, che la gran corte civile dovea riguardarlo, come provvida disposizione di un padre di famiglia, che provvedeva al sostegno di una figliuola con un proporzionato legato vitalizio, compensandone in parte l'erede, con attribuirgli a quest'oggetto il dritto di percepire l'importo de' frutti dotali della medesima, che a' suoi alimenti erano dalla legge principalmente destinati. La gran corte civile adunque rammentando che per legge *semper vestigia voluntatis sequimur testatorum L. 5. C. de necess. serv. hered. instit.* non dovea permettere, che il giovane Z. . . . proseguisse la prestazione del legato aumentato anche dal testamento di D. Cataldo suo padre, e che i frutti decorsi dalla dote della zia non fossero suoi.

» Che se la gran corte civile per poco si fosse rivolta ad esaminare la condotta tenuta dal marchese dopo la separazione della moglie, e fino a che visse, cioè per lo lungo spazio di 27 anni, tanto meglio avrebbe compreso la ragione di D. Marianna, e per lei del nipote D. Michelangelo suo cessionario. Il marchese nè primi momenti della disunione, lungi dal richiamare la moglie in sua casa, fu contento, che andasse altrove in casa terza, ed indi si ritirasse in Taranto presso il padre. È vero, che dopo un anno ne domandò in S. C. il ritorno, ma la penetrazione del Re scovrì, che a tutt'altro fine era rivolta quella semplice domanda. Da quell' epoca in poi gli atti non somministrano alcuna richiesta fatta dal marchese per lo ritorno della moglie. Or, se egli della moglie non prese più cura, e se pel corso di tanti anni non penzò ad alimentarla; se neppur mai si occupò di una giovine figlia, che la madre avea seco condotta bambina nel separarsi, è sembrato assai sconvenevole alla corte suprema, che questa condotta venisse, come applaudita dal silenzio della gran corte, e che il marchese fosse rimasto esonerato dall'obbligo di sostenere co' frutti dotali per sì lungo tempo la moglie, e la figlia.

» In fine la corte suprema ha voluto conoscere l'affare in un aspetto più semplice, e ne ha dedotti gli stessi risultati. D. Marianna dal momento, che si divise dal marito insieme con una figlia è stata alimentata dal padre, e dagli eredi del padre. L'obbligo di alimentarla non era di costoro, ma del

marito. Ella avea una dote fruttifera, ed i frutti di questa dote doveano supplire alla sua alimentazione. Se il marito volea far suoi questi frutti, la legge glie lo impediva. *Si patris sumptibus exhibita sit* i frutti della dote appartennero al padre, che alimentò la figlia maritata non al marito, che trascurò di sostentare la moglie. Tal'è la sentenza di legge, che si raccoglie da luoghi di Papiniano, e di Scevola citati di sopra.

» La gran corte in conseguenza accordando al marchese i frutti dotali della moglie per tutta la di lui vita, e privandone la moglie, e per essa il Z. . . . di lei cessionario, ha contravvenuto a tutte le disposizioni di legge già allegatà, ha violato i giudicati, si è discostata dal solito stile di giudicare, ed ha resa una decisione, che sarebbe di cattivo esempio per ogni unione conjugale.

» Sulla seconda quistione.

» La suprema corte ha osservato, che il patto del moltiplico suppuneva la concorde unione de'conjugi. Ma dal momento, ch'essi si separarono, è sembrato alla corte suprema, che il moltiplico fosse cessato. Dovea allora il frutto della dote, giusta la precipua sua destinazione invertirsi negli alimenti della dotata. Fu questo l'avviso legale del giudice Caccia quando col decreto del 1791 permise al vecchio Z. . . . di pagare alla figlia quel frutto di ducati 3500 che al moltiplico era destinato. Ma quando anche il decreto del Caccia non esistesse, sussisteva sempre la regola legale consegnata in una quistione del giureconsulto Africano, che forma il principio della *L.* 38. *ff. de solut. et liberat. Tacite enim inesse haec condictio stipulationi videtur si in eadem causa maneat.* Cambiato lo stato delle cose, non avea più a parlarsi di moltiplico. Altra era stata la intenzione de' contraenti, allorche quel moltiplico pattuirono: altre furono le loro direzioni quando sopragiunse la discordia. Allora tutto spirava pace: dopo tutto si convertì in sentimenti opposti, ed oguuna delle parti provvide al proprio interesse. Non essendo adunque le cose rimaste nello stato medesimo il moltiplico, che a quello stato fu relativo, dovè cessare. La gran corte civile estendendolo al di là ha contravvenuto manifestamente ad una espressa regola di giurisprudenza. Ma quando la gran corte non avesse posto mente a questa regola, non poteva rendersi superiore al contratto. Ivi precisamente era stabilito, che il moltiplico dovea cessare quando il marchese avesse ottenuto il regio assenso per ipotecare i suoi beni feudali per sicurezza de' ducati 4000 dotali. La gran corte civile adunque ha violato anche il patto facendo progredire il moltiplico anche al di là dell' epoca dell' assenso ottenuto.

» Trova la corte suprema inutile di discendere alla discussione proposta dalla gran corte civile, se il moltiplico patteggiato avesse favorito più il genero, che il suocero. Per altro la stessa letterale giacitura del contratto mostra il patto favorevole al suocero, e alla donna per la sicurezza e sussistenza inalterabile della dote, e non già al genero: ma la gran corte non potea entrare in questo esame a fronte del patto espresso: quello, che la corte suprema trova degno di avvertenza, è che mentre l' attore in riconvenzione non osò di domandare somma moltiplicata oltre di quell' epoca, in cui si era ottenuto l'asenso, cioè a 16 aprile 1790, la gran corte nondimeno contro la volontà dell'attore istesso glie l'ha accordate. È stata questa una contravvenzione apertissima alla *legge* 18 *ff. de comm. divid.*

» Nel complesso di tutte le considerazioni fatte dalla corte suprema sulla prima, e sulla seconda quistione ella non ha potuto non abbandonare nel sentimento di doversi annullare per queste due parti la decisione della gran corte civile di Napoli come quella, che le si è presentata in un aspetto assai disfavorevole; poichè da una banda esibisce una moglie per lunghi anni divisa dal marito, che non ha mai curato di alimentar lei, e la sua figliuola, nè di rimborzar la casa dotante del nuovo peso, e che si addossò di somministrare gli alimenti ad entrambe; e dall' altra addita la stessa casa dotante obbligata al disborso di somma considerevole pei frutti moltiplicati in favore del marito medesimo. Nella prima veduta questa decisione ha offesa la legge, e nella seconda la legge ed il patto.

» Sulla terza quistione.

» In quella parte, che la decisione della gran corte civile ha messo fuori di causa D. Marianna, la corte suprema ha creduto, che siasi regolarmente giudicato. Ma questa regolarità non dipende dalle considerazioni, che sul proposito ha adottate la gran corte. Alla corte suprema è sembrato, che D. Marianna avendo eseguita la cessione impostale di sue ragioni a favor del nipote per tutto il tempo, che visse il marito, avesse compiuto ogni suo dovere. Ella non si obbligò a restituire l'esatto, ove il cessionario fosse riuscito infelice nello sperimento delle ragioni cedute. Cedè le ragioni, che avea, ma non ne garantì l'efficacia. Tolse colla cessione di ragioni l'ostacolo, che si frapponeva per conseguire il legato, ma non contrasse una obbligazione per la quale fosse il cessionario autorizzato a convenirla con una condizione d'indebito tutte le volte, che trovasse renitente al pagamento il debitor ceduto. Gli stessi due testamenti del padre, e del fratello non annunziano, che in tal caso la volessero garante. Quindi giustamente è stata messa fuori causa.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema accogliendo il ricorso per ciò, che concerne la questione de'frutti dotali, e quella del moltiplico, annulla queste due parti della decisione, e ne rinvia l'esame ad un'altra camera della stessa gran corte: rigetta poi il ricorso per ciò, che riguarda la garantia chiesta dal Z. . . . contro D. Marianna, ed ordina di restituirsi le cose nello stato, in cui erano innanzi la decisione impugnata, ed il deposito ec.

» §. 16. I figli saranno affidati al conju-
» ge che ha ottenuto la separazione; quan-
» do però il tribunale sulla domanda della
» famiglia o del procuratore regio, non or-
» dini pel maggior vantaggio dei figli, che
» tutti o alcuno di essi sieno affidati alla
» cura dell'altro conjuge, o di una terza
» persona. *Art.* 223 *Leg. civ.*

Discende da questo articolo, che il conjuge o il terzo cui sieno i figli affidati diviene il loro tutore. Imperciocchè sotto il nome di *cura* cui i figli son messi si comprendono ogni mezzo di educazione, e di mantenimento che ai figli stessi sono dovuti, e l'amministrazione dei di loro beni. È nondimeno lasciato alla conoscenza del magistrato il definire la persona cui un'incarico così geloso possa più degnamente essere affidato. Quando la condotta del genitore si crede non ispirare tutta la fiducia pel ben essere della sua prolé, è del pubblico interesse il ricercare nella terza persona una vigilanza più esatta, onde compiersi l'oggetto di farsi di un individuo un membro non dannevole della società. Qualunque però esser possa la condotta del genitore non è mai da supporsi tanto eccessivamente perniciosa alla sua prole, quando un terzo ne prenda la cura. Un oggetto di maggior interesse può suggerire una vigilanza raddoppiata: allora regolata l'amministrazione in un modo, i dritti della patria potestà restano sempre salvi. Difatti osserviamo con Delvincourt che » questa cura porta seco ordinariamente l'amministrazione de'beni: *tutor datur personae, rebus vero per consequentias.* Or cosa è la tutela se non la cura della persona e de' beni? D'altronde l'articolo 303 (233) dice: *il padre e la madre conservano il dritto di vegliare*: il che suppone che un'altra persona sarà incaricata dell'amministrazione, e ciò ch'è lo stesso della tutela. *Corso di cod. civ. Tomo* 2 *nota* 218 *al tit.* 6.

Osserva inoltre il medesimo giureconsulto che il codice francese coll'articolo 390, non ritenuto nelle nostre leggi civili, dispose non esservi norma per la tutela fuorchè nel caso dello scioglimento del matrimonio per la morte naturale o civile di uno de' conjugi; il che prova essere stato regolato da altri articoli ciò ch'era relativo al caso della separazione, nè poteva esserlo che dagli articoli 302 e 303 (232 e 233) *Ibidem.*

Le nostre leggi però non ammettono la tutela de' figli a favore di uno de' conjugi se non quando l'uno sopravvive all'altro, articolo 319. Solo con l'articolo 313 è data al padre la facoltà di *destinare alla madre sopravvivente e tutrice un contutore anche estraneo*. Ciò premesso come Delvincourt rinviene coll'indicato articolo 390, presso noi abolito, una disposizione, che faccia rinvenire nei detti articoli 302 e 303 un caso di eccezione nella separazione personale, la medesima conse-

guenza potrebbe trarsi dal riferito articolo 319. Tuttavolta conciliando nella ipotesi le parole del detto articolo 313, che concede al padre il potere di *destinare alla madre tutrice un contutore*, in questo concorso d'individui riuniti alla cura de' figli si rinviene al certo comune l'interesse di educarli, e di amministrare i di costoro beni; conseguentemente » se l'amore del proprio sentimento non m' inganna » pare che nella separazione personale data la tutela ad un terzo, non cessa nel conjuge l'impegno di prender cura della sua prole. Quindi il conjuge che ha chiesta la separazione resta tutore del figlio quando il tribunale gli affida la cura di questi; e nel caso che tale cura viene affidata ad una terza persona, egli tuttavolta non cessa di essere genitore, esercitando i dritti della patria potestà.

» §. 17. Qualunque sia la persona a cui » saranno i figli affidati, il padre e la ma- » dre conserveranno rispettivamente il dritto » di vegliare sopra il mantenimento di essi » e sopra la loro educazione; e saranno te- » nuti a contribuirvi in proporzione delle » loro forze. *Art.* 233 *Leg. civ.*

Questo articolo conferma perfettamente il sentimento enunciato nel §. precedente su la cura del padre, o della madre de' figli, quando sono questi affidati ad un terzo.

SEQUESTRO. » §. 1. Il sequestro è o » convenzionale, o giudiziario. *Art.* 1827 » *Leg. civ.*

Del sequestro convenzionale.

» §. 2. Il sequestro convenzionale è il de- » posito di una cosa controversa, fatto da » una o da più persone presso un terzo il » quale si obbliga a restituirla, terminata la » controversia, a colui al quale sarà dichia- » rato che debba appartenere. *Art.* 1828 » *Leg. civ.*

» Il sequestro convenzionale e 'l deposito » osserva opportunamente il signor Real » differiscono tra di loro principalmente in ciò, che nel deposito la cosa depositata o che sia la proprietà di un solo, o la proprietà indivisa di molti, appartiene senza contraddizione a quelli che fanno il deposito; mentre il sequestro si applica per sua natura ad oggetti litigiosi.

» Quindi disputando più persone la proprietà di una cosa o convenendo intanto che durante il litigio resterà nel possesso di un terzo destinato, questo è un sequestro convenzionale.

» Un tal sequestro può stabilirsi su di stabili, e le obbligazioni di colui che vi è incaricato sono d'altronde molto poco diverse da quelle del depositario. *Esposiz. de' motivi sul cod. civ. n.* 84.

La definizione del sequestro convenzionale è data da Modestino ne' medesimi termini.

» Sequester dicitur apud quem plures eandem rem, de qua controversia est, deposuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quasi sequenti eos qui contendunt, committitur. *L.* 109. *D. de verb. et rer. signif.*

Paolo vede anche nel sequestro il deposito, quello però che solidalmente si fa da molti di una cosa, che si vuol custodire.

» Proprie autem in sequestro est depositum, quod a pluribus in solidum certa conditione custodiendum, reddendumque traditur. *L.* 6. *D. Depositi.*

Alciati da queste leggi prende motivo di distinguere il sequestro dal deposito: l'uno fatto da molti, che hanno un medesimo interesse è distinto dall' altro cui un solo vi rappresenta il suo dritto.

» Etymologia etiam a jureconsulto hic tradita subdura est, in quem, et illud intorqueri potest, quod occurrere, et sequi pro similibus accipit, cum penitus sint diversa. Occurrit qui adversum tendit, sequitur qui post venit. In hoc autem differunt *L. proprie. Depositi* sequestres a depositariis, quod illi plurium partium se medios gerunt, hic etiam ab uno diliguntur: hincque apparet errare magistratus, qui sub praetextu, ut jurgiis, et seditionibus obviam eant, fructus penes alteram partium sequestro deponunt: debet enim sequester esse medius, non ex colligatoribus elegi. *Alciati Comment. in D. tit. de verb. signif. ad legge* 109.

Fiorentino professando la medesima dottrina fa osservare che nel sequestro ognuno di quelli che lo fanno ha dritto su la cosa de-

positata, e viene considerato depositario nel tutto.

» Licet deponere tam plures quam unus possunt; attamen apud sequestrum non nisi plures deponere possunt. Nam tunc id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur. Itaque hoc casu insolidum unusquisque videtur deposuisse; quod aliter est, cum rem communem plures deponunt. Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio; nisi apud sequestrum deposita est: nam tunc demum sequester possidet. Id enim agitur ea depositione, ut neutrius interim possessionis tempus procedat. *L.* 17. *D. Depositi.*

Casus. Unus, et plures deponere possunt, scilicet cum est simplex depositum; apud sequestrum vero non, nisi plures, et hoc fit in re religiosa; et hic quilibet videtur deposuisse insolidum, secus in re communi; quia quilibet pro parte sua deponit. *Vivianus.*

Brunnemanno comentando questa legge espone benanche la differenza che vi è tra il deposito detto comunemente tale, e 'l sequestro detto volontario; ma in questa diversità rileva nel primo il possesso, e non nel secondo.

» Traditur hic differentia inter depositum commune et sequestrum voluntarium; nam illud ab uno, vel pluribus potest fieri, hoc non nisi a pluribus. Hoc casu quilibet in solidum non illo. Hoc casu tantum res litigiosa, illo quaelibet. In illo non transfertur possessio, sed in hoc, quia id agitur, ut nullius possessioni id tempus procedat. Sed §. 1. videtur opponi *L.* 39 *de adquir. poss.* unde Dn. Franzk. hujus legis §. 1. quodammodo duriter explicat. Sed posse dici puto, regulariter apud sequestrum, quando res deponitur, id fieri possessionis suspendendae causa: secus si tantum ob custodiam. Seu distinguendum potius, an de possessione litigent, et ideo deponant, an vero ideo ut actor reddatur securior; priori casu transit possessio, non posteriori. Si tamen res custodienda curam requirat, sequester hanc adhibere debet, et exercere potest jus patronatus, quando opus est. Sed sequestrum doctores faciunt duplex, verum, et analogicum. Illud quando partes rem litigiosam deponunt: hoc quando judex id ex officio facit in casibus concessis, ut ob vitandam collisionem armorum, metum dilapidationis, ne puellae pudori officiatur, vel ne actus jurisdictionalis alteri sit praejudicialis, solet judex superior ex officio actum jurisdictionis exercere. *Brunnemanni Com. in pandect. ad L.* 17. *Depositi.*

» §. 3. Il sequestro può non essere gratuito. *Art.* 1829. *Leg. civ.*

» Quando è gratuito è sottoposto alle re-
» gole del deposito propriamente detto; sal-
» ve le differenze appresso indicate. *Art.* 1830.
» *Idem.*

Vedi-*Deposito* §. 3.

Ulpiano vede l'azione del deposito aver luogo contro il sequestro.

» In sequestrum depositi actio competit. *L.* 5. §. *penult. D. depositi vel contra.*

Il sequestro essendo un deposito volontario, che si fa dagl'interessati di una cosa litigiosa, viene conseguentemente regolato colle stesse regole del deposito. Vedi-*Deposito.*

» §. 4. Il sequestro può avere per ogget-
» to non solamente i beni mobili, ma an-
» cora gl'immobili. *Art.* 1831. *Leg. civ.*

Propriamente il sequestro cade su gl'immobili; ma distinti i mobili tra quelli che sono tali per loro natura, e quelli che sono tali per destinazione: sotto questo rapporto fanno anch'essi oggetto del sequestro. Vedi *Beni mobili.*

» §. 5. Il depositario incaricato del seque-
» stro non può essere liberato prima che sia
» terminata la controversia, se non median-
» te il consenso di tutte le parti interessate,
» o per una causa giudicata legittima. *Art.*
» 1832. *Leg. civ.*

Maleville discute la sequente questione.

» Due persone che pretendono di aver dritto entrambe su di una cosa, la mettono di concerto in sequestro nelle mani di un' altro. Sopraggiunge un terzo, e sostiene che la cosa spetta a lui. Possono i due primi trarla dal sequestro senza il consenso del terzo pretendente?

» Fa d'uopo prima di tutto distinguere se il terzo ha fatto sapere la opposizione a colui che ha in mano la cosa sequestrata, o se non l'ha fatto sapere. Nel primo caso sen-

za il consenso del terzo non si può liberare il sequestro. Nel secondo si.

» Nulladimeno pel secondo caso si fece un altra distinzione, e si disse, che se la controversia sulla proprietà della cosa era già portata o all'istante o dopo il sequestro dinanzi al giudice, il depositario non potea più rilasciare la cosa che, o per consenso di tutte le parti, o per decisione del giudice stesso. A sostenere questa opinione si addusse non essere il sequestro convenzionale diverso del giudiziario, se non in ciò che il primo è commesso dalle parti, il secondo dal giudice; ma quando il deposito è fatto per cosa contenziosa, allora i due sequestranti contraggono amendue egualmente colla giustizia, ed il sequestro convenzionale diviene sequestro giudiziario. Quindi in questo articolo fa mestieri porgere molta attenzione a queste due espressioni *cosa contenziosa e parti interessate*. Con quest'ultima parola non solo si sono indicate le parti che hanno fatto il deposito, ma quelle altresì che hanno premura per la sua conservazione. Benchè ciò non stia rigorosamente ne' principj fuorchè nel caso in cui si trattasse di cosa rubata, nondimeno tale sembra essere la intelligenza dell'articolo. *Maleville. Osservaz. all' art.* 960 *del cod. civ.*

» Questa disposizione, dicono inoltre gli autori delle pandette francesi, ha dato luogo ad una lunga discussione nel consiglio, sulla questione per sapere se il depositario del sequestro doveva interpellare le parti interessate che non fossero originariamente concorse ad incaricarlo.

» Essa si risolve con principj costanti che effettivamente sono stati riconosciuti in questa discussione.

» 1. Il sequestro non può aver luogo che per cose litigiose, e regolarmente il depositario di questo non può liberarsene, prima della decisione della lite, se non per giuste cause.

» 2. Per conseguenza se sopraggiunge qualche parte che abbia interesse alla cosa, il depositario del sequestro dee interpellarla per ottenere validamente la sua liberazione.

» Ma per ciò fa d'uopo, che questa nuova parte siasi fatta conoscere al depositario del sequestro, senza di che questi è validamente liberato col consenso delle parti colle quali ha trattato. *Osservaz. all art.* 1861 *del cod. civ.*

Del sequestro o sia deposito giudiziario

» §. 6. Il giudice può ordinare il sequestro.

» 1. de' mobili presi ad un debitore.

» 2. di un immobile o di una cosa mobile la di cui proprietà, o il cui possesso sia conteso fra due o più persone.

» 3. delle cose che un debitore offre per la sua liberazione. *Art.* 1833. *Leg. civ.*

È da osservarsi principalmente con gl' imperatori Onorio, e Teodosio che il sequestro non è da opporsi se pria il debitore non sia convinto del suo debito secondo le norme legali.

» Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat. Oportet enim debitorem primo convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari; quam rem non tantum juris ratio, sed et ipsa aequitas persuadet; ut probationes secum afferat, debitoremque convincat pecuniam petiturus. *L. un. Cod. de prohibita sequest. pecuniae.*

Casus. Peto decem a te: petii ea sequestrari apud judicem, vel apud alium, an sim audiendus? Respondetur quod non, sed libellum tibi porrigere debeo, vel probationem offerre, et per sententiam facere te compelli ad solutionem. *Vivianus.*

Nella corte d'appello di Brusselles si esaminò il dubbio, se nate delle contestazioni sopra una domanda di divisione, vi sia luogo di ordinar sempre la divisione delle porzioni non contestate, e di nominare sino alla compilazione del processo un depositario di sequestro per gli altri. Si sostenne l'affermativa con decisione de' 21 pratile anno 13.

» *Fatto.* Dopo la morte di Livin Fleys, i signori di Hooge eredi materni chiedono la divisione dell' eredità contro i signori Vanderbildt e Decroeser eredi paterni.

» I Vanderbildt consentono alla divisione, ma pretendono che si debba solamente fare con loro, attesocchè sono i soli eredi della linea paterna.

» Siccome non pertanto questo diritto esclusivo è ad essi contestato dai Decroeser, nè

si può con questa circostanza ordinare la divisione, perciò richiedono che sia costituito un depositario di sequestro o una certa persona, colla quale si farà la divisione, e che rappresenterà l' erede della parte litigiosa.

» I Decroeser vogliono che si faccia la divisione puramente e semplicemente come avevan richiesto; si oppongono alla nomina di un depositario del sequestro, avvegnachè era incominciata la divisione, ed essi erano diggià in possesso di una parte dell' eredità.

» Del resto, aggiungono, essi non hanno alcuna contestazione coi Vanderbildt; poichè questi non li hanno fatto citare nè in conciliazione, nè avanti il tribunale civile. L'istanza non è realmente impegnata che tra li d' Hooge che hanno domandata la divisione per una parte, e gli eredi paterni per l'altra. Non vi ha tra questi azione veruna. Nello stato adunque in cui è la causa, non vi ha luogo a far ragione alla domanda dei signori Vanderbildt.

» I signori d' Hooge consentivano a costituire un depositario del sequestro, come il solo mezzo d' impedire che si ritardasse la divisione, e di divenire illusorio il consenso prestato da' convenuti.

» Il tribunale di Burges con sentenza dei 21 termidoro, an. 12, aggiudica ai signori d' Hooge le loro conchiusioni, e dichiara i signori Vanderbildt inammissibili in quelle che han prese contro i Decroeser. Nomina inoltre, a norma dell' articolo 823 del codice civile, un giudice delegato d' avanti a cui saranno portate tutte le contestazioni sul modo di procedere alla divisione, e sulla maniera di determinarla, e che in seguito farà rapporto al tribunale.

» I Vanderbildt si appellano da questa sentenza.

» Sostengono che non sono stati in dovere di chiamare i Decroeser in conciliazione sopra lo stabilimento di un depositario del sequestro. perchè questa domanda non era proposta che per modo di eccezione, ed era solamente incidente nell' azione principale.

» Che per conseguenza l' istanza era regolare nella forma.

» In merito, la metà dell' eredità della linea paterna apparteneva ad essi incontestabilmente. Questa nemmeno è stata lor contrastata. Per ottenerla, non devono provare la lentezza del foro, nè la futura decisione sopra l' altra metà da cui quella ch' essi devono ottenere si può in tutti i casi disunire. Sotto questo primo rapporto, niente si oppone alla divisione, come è stata richiesta. Questo modo, all' opposto, concilia l' interesse di tutte le parti, e mette in salvo i loro diritti: si deve dunque ammettere.

» D' altronde questa misura è prescritta dall' articolo 1961. Le parti si trovano precisamente nel caso della seconda disposizione di questo articolo. Si tratta di un immobile di cui si contrasta la proprietà. Bisogna metterla in sicuro fino al termine della lite; ma fino a quel tempo la parte non contestata dev' esser rimessa a chi di diritto.

» I Decroeser hanno risposto, che non essendo stati chiamati in conciliazione per nomina di un depositario del sequestro, non si è potuto discutere questo punto avanti il giudice di pace; che per conseguenza, non essendo la domanda regolare, i primi giudici non hanno potuto fare a meno di rigettarla.

» Inutilmente si disse che è una domanda incidente nella divisione. I Vanderbildt non hanno domandata cosa alcuna. I d' Hooge sono i soli e veri attori. Ad essi soli dovevamo rispondere. Con essi soli dovevamo discutere. Allora non avevamo cosa alcuna da discutere coi Vanderbildt. Il sequestro ch'essi volevano, era una cosa estranea ai d' Hooge che avevano intentata l' azione. Non era dunque una domanda incidente, ma bensì un'azione principale; per cui bisognava di assoluta necessità tentare lo sperimento della conciliazione.

» In merito, la divisione è incominciata; sono di già stati consumati molti atti di famiglia; sono state eziandio distribuite delle porzioni. Tutto ciò si è fatto senza l' intervento di un depositario del sequestro; non è dunque questo il caso di sottomettere le parti alle spese considerabili, come il suo stabilimento richiederebbe. Esse sono d' altronde tutte solvibili, e si offrono perciò tra loro una garantia sufficiente.

» Così la procedura non essendo regolare,

il primo giudice ha dovuto non ammetterla. Ma se fosse valida, si è ristretto nell'applicazione dell'articolo 1961; non ha creduto di dovere usare della facoltà che gli accordava; la di lui decisione rimane senza riclamo, e perciò si deve mantenere.

» I d'Hooge non hanno presa alcuna conclusione contro i Decroeser; hanno solamente domandato che fosse annullata l'appellazione de' Vanderbildt con multa e spese.

» Considerando che le parti d'Honorez, consentendo alla divisione richiesta da quella di Audoor nel processo verbale di non seguita conciliazione del 7 messidoro, anno 12, hanno conchiuso per la nomina d'ufficio di una terza persona, per rappresentare l'erede nella parte litigiosa; che questa riserva in materia di divisione è generale, e colpisce necessariamente tutte le operazioni di una divisione, e tutte le parti che possono avervi interesse, di modo che le parti di Zech hanno senza fondamento preteso che questa domanda non fosse stata sufficientemente dedotta all'ufficio della conciliazione per ciò che la riguardava.

» Atteso che, d'altronde, questa domanda della nomina di una terza persona non era ad evidenza che incidente nella principale, e che quindi si avrebbe anche proposta al tribunale di prima istanza, senzachè avesse dovuto essere antecedentemente soggetta allo sperimento della conciliazione.

» In merito, visto l'articolo 1962 del codice civile, in queste parole: » Il giudice » può ordinare il sequestro di un immobile » o di una cosa mobiliare, il cui possesso o » proprietà sia contesa fra due o più per» sone ».

» Considerando essere d'equità che gli appellanti possano pervenire a godere separatamente la metà che loro appartiene sopra questa credità, senza aspettare la decisione sopra l'altra metà litigiosa tra le parti Honorez e Zech.

» Che questa nomina di una terza persona per la divisione, e di depositario del sequestro durante la lite, è parimente dell'interesse delle parti, e de' secondi convenuti eziandio; i quali arrivando ai loro fini nella lite summenzionata, ritirerebbero dalle mani di questa terza persona e la porzione divisa e il prodotto di tal porzione.

» Che finalmente l'azione di divisione è universale, e deve essere una, e che sotto tutte queste considerazioni vi è un mal giudicato.

» Per questi motivi.

» La corte ec.

» §. 7. La destinazione di un depositario » giudiziale produce fra 'l sequestrante ed il » depositario stesso vicendevoli obbligazioni.

» Il depositario dee usare per la conserva» zione delle cose sequestrate la diligenza di » un buon padre di famiglia.

» Debbe esibirle, sia per soddisfare il se» questrante colla vendita, sia per restituir» le alla parte contra cui sono state fatte l' » esecuzioni, in caso di rivocazione del se» questro.

,, L'obbligo del sequestrante consiste nel ,, pagare al depositario il salario stabilito ,, dalla legge. *Art.* 1834 *Leg. civ.*

Tra le obbligazioni dalle quali è legato il depositario (Vedi *Deposito* §.8.) si possono enumerare anche quelle dettate dalle leggi di procedura civile.

» Il depositario non può servirsi delle cose pignorate, nè affittarle, nè darle in prestito, sotto pena di essere privato delle spese della custodia, ed obbligato a pagare i danni e gl'interessi, anche per via di arresto personale. *Art.* 693 *Leg. di proced. ne' giud. civ.*

,, Se gli oggetti pignorati (*sequestrati*) hanno prodotto qualche rendita o profitto, il depositario è tenuto a renderne conto, anche sotto pena di arresto personale. *Art.* 694 *Idem.*

Vedi *Arresto personale* §. 3.

Il depositario è tenuto per gli accidenti prodotti da forza irresistibile? L'articolo 1801 decide la negativa. Vedi *Deposito* §. 10.

Per gli altri casi corrispondenti su la specie. Vedi anche *Deposito* §. 14. e seguenti.

,, §. 8. Il sequestro giudiziario viene af,, fidato o ad una persona su cui le parti ,, interessate sieno fra loro convenute, o ad ,, una persona nominata *ex officio* dal giu,, dice.

,, Nell'uno, e nell'altro caso quegli a cui

,, venne affidata la cosa, è sottoposto a tutti ,, gli obblighi che produce il sequestro con- ,, venzionale. *Art.* 1835 *Leg. civ.*

La persona cui il sequestro viene ad affidarsi dal giudice, può essere chiunque, ancorchè abbia i rapporti di parentela, e di affinità col sequestrante? Adottiamo la negativa, traendo argomento dalle seguenti disposizioni delle leggi di procedura civile.

,, Non potranno essere costituiti depositarj, il pegnorante (*sequestrante*) il di lui conjuge, i consanguinei ed affini sino a' cugini di quinto grado inclusivamente, come pure i di lui domestici: ma il pignorato, il suo conjuge, i suoi consanguinei ed affini, e i domestici potranno essere costituiti depositarj, qualora vi concorra il loro consenso e quello del pegnorante. *Art.* 688 *Leg. di proced. ne' giud. civ.*

SEQUESTRO DI PERSONA. Vedi *Detenzione illegale.*

SERVITU'. ,, §. 1. La servitù prediale ,, s'impone sopra un fondo per l'uso e l'u- ,, tilità di un fondo appartenente ad altro ,, proprietario. *Art.* 559 *Leg. civ.*

Alciati definisce la servitù per un abitudine accidentale, e per una qualità estrinseca del fondo.

,, Servitus est accidentalis habitudo, et extrinseca qualitas praedii. Bartolus vero subtilius definivit: Servitus est quoddam jus praedio inhaerens, quod ejus utilitatem respicit, vicini diminuit. *Alciati. Comment. ad L.* 86 *D. de verb. signif. n.* 3.

Marziano divide le servitù in personali, ed in reali. Sono le prime quelle attaccate alla persona come l'uso, e l'usufrutto: sono le altre quelle dovute alla cosa, o all'individuo cui essa appartiene.

,, Servitutes aut personarum sunt, ut usus, et usufructus; aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum, et urbanorum *L.* 1 *D. de servitutibus.*

Per le servitù personali vedi. *Abitazione* ed *Usufrutto.* L'articolo in esame versa sulle servitù prediali, delle quali al dir di Paolo alcune consistono nel suolo, altre nella superficie.

,, Servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. *L.* 3 *D. de servitutibus.*

Quindi la servitù prediale è considerata da Donello per quella imposta in un predio per solo uso del predio vicino; d'onde l'uno è serviente, l'altro dominante.

,, Servitus rei et praedii ea est quae alieno praedio imposita ad vicini alicujus praedii solius usum, eumque perpetuum constituta est . . . . . Recte dicuntur hae servitutes praediorum, quae sunt semper duorum praediorum, unius servientis, et alterius dominantis. *Donelli Comment. de jure civili Lib.* 11 *cap.* 1 *de servitutibus n.* 10 *et* 20.

Il tribuno Albisson espose al tribunato di Parigi che

,, La servitù è un peso. Alcuni giureconsulti anche tra i più giustamente celebri l' hanno definita un *dritto che soggetta un fondo ec.* ma impropriamente. La parola *dritto* nel suo significato relativo non può intendersi che in un senso attivo, nel mentre che la parola *servitù* annunzia solo da per se stessa qualche cosa di passivo.

È un peso imposto su di un fondo per l' uso, e per l'uso, e l'utile di un fondo appartenente ad un altro proprietario. Questa definizione contiene tre condizioni caratteristiche della servitù considerata come servizio fondiario: da principio l'esistenza di due fondi, l'uno soggetto alla servitù, l'altro autorizzato ad esercitarne il dominio; in seguito l'esistenza di questi due proprietarj differenti, uno padrone di colui che presta la servitù, l'altro di colui che la riceve; poichè lo stesso non può essere proprietario di ambedue nel tempo stesso, ciò che il dritto romano energicamente esprime con questa breve massima *nemini res sua servit*: finalmente la causa della servitù l'uso, e l'utile del fondo che ne gode; poichè un dritto di cui questo fondo non potrebbe mai far uso nè ricavarne alcun utile, non solo non sarebbe una servitù, ma sarebbe nullo.

,, Si trova nella maggior parte degli autori classici del dritto un'altra condizione, che il progetto non enuncia, cioè quella della vicinanza di due fondi; ma questa condizione non è talmente essenziale che sia indispensabile in una buona definizione; e colo-

ro che la enunciano ne convengono in qualche modo, quando avvertono di non confondere qui la vicinanza colla contiguità. È certo in fatti che una servitù può esistere tra due fondi separati da un'altro intermedio. I libri del dritto romano ci forniscono di varj esempj. *Esposiz. dei motivi sul cod. civ. n.* 50.

D'altronde Toullier dice che.

,, La servitù è un dritto relativamente a colui al quale è dovuta : è una servitù propriamente detta relativamente al possessore della cosa o del terreno che la deve. Così dritto, e servitù sono termini correlativi.

,, La facoltà, per esempio, di passare sul fondo altrui è un dritto attivo ; l'obbligo di soffrire il passaggio è un dovere, una servitù. Intanto s'impiega talvolta il termine di servitù in senso attivo. *Toullier. Corso di dritto civ. Tom.* 3. *n.* 377.

» §. 2. La servitù non induce alcuna pre-
» minenza di un fondo sopra l'altro *Art.*
» 560. *Leg. civ.*

» Ciò che diminuisce molto dalla immensità della materia » osservò il tribuno Gillet » è la soppressione della massa mostruosa della feudalità, di cui altre volte ella era oppressa. Che cosa era infatti il regime feudale, se non l'arte di fare della proprietà fondiaria un istrumento di servaggio? Si leggono ancora presso gli antichi giureconsulti lunghe dissertazioni per mostrare che i doveri feudali facevano parte delle servitù fondiarie. Il progetto ha voluto, che la servitù fondiarie non potessero esser mai una occasione di riprodurre queste idee proscritte, ed è quello, che ha dettato nell'articolo 638 la disposizione formale, che la servitù non stabilisce alcuna preminenza di un fondo sull'altro. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 51.

» L'articolo decide, dice Pardessus, che le servitù non istabiliscono alcuna preminenza di un fondo sopra un'altro; conseguentemente un dritto che non produrrebbe al fondo per cui è stipulato alcuna utilità, indipendentemente da qualunque considerazione personale in favore di colui che n'è proprietario, o possessore, non sarebbe una servitù.

» Se è facile di assegnare delle regole, e stabilir delle massime, non è egualmente facile applicarle. Principalmente in questa materia il giureconsulto dee bilanciare scrupolosamente la circostanse più lievi; mentre non è meno periglioso di rendere inutili le convenzioni con un zelo mal inteso per le leggi, che di facilitare i mezzi di eludere le proibizioni, che le leggi stesse pronunziano, affettando un indiscreto rispetto per la libertà delle convenzioni. *Pardessus - Trat. delle servitù n.* 21.

» §. 3. Deriva dalla situazione naturale
» dei luoghi, o delle obbligazioni imposte
» dalla legge, o dalle convenzioni fra i pro-
» prietarj *Art.* 561. *Leg. civ.*

Le disposizioni testamentarie, e le donazioni possono anche costituire la servitù prediale. Questa ipotesi non contemplata dalla legge può comprendersi come valida in dritto? Ha luogo l'affermativa nel solo caso, che l'erede, il legatario, ed il donatario sieno per accettare quella eredità, quel legato, e quella donazione la quale comprende la servitù costituita dal testatore, e dal donante Ma ordinariamente le servitù imposte dalla situazione dei fondi i quali debbono prestarsi al comodo dei condomini, o dei vicini dei fondi stessi, si confermano poi per mezzo di convenzioni tacite, o espresse.

L'esempio viene dettato da Giustiniano.

» Si quis velit vicino aliquid jus constituere portionibus, atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat aedes suas (*quibus servitutibus non impositis cuilibet usque ad coelum liberum est aedificare*), ne luminibus aedium vicini officiat ; vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum habere, vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. *Institut. lib.* 2. *tit.* 3. *de servitutibus* §. *ult.*

Delle servitù, che derivano dalla situazione dei luoghi.

» §. 4. I fondi inferiori sono soggetti per
» riguardo a quelli che si trovano più eleva-
» ti, a ricevere le acque che ne scolano na-
» turalmente senza che vi sia concorsa l'ope-
» ra dell'uomo.

» Il proprietario inferiore non può alzare
» alcun riparo che impedisca questo scolo.

» Il proprietario superiore non può fare
» alcuna cosa che renda più grave la servi-
» tù del fondo inferiore. *Art.* 562. *Leg. civ.*

Ulpiano non stabilì azione alcuna per l' acqua che scorre naturalmente.

» Si aqua naturaliter decurret aquae pluviae arcendae actionem cessare. *L.* 1. §. 5. *D. de aqua pluvia arcenda.*

Lo stesso Ulpiano esaminò inoltre il dubbio se il proprietario superiore tolga gli argini che trattenevano lo scolo delle acque in modo, che le medesime scorrano nel fondo inferiore, possa il proprietario di questo fondo obbligare l' altro proprietario alla ricostruzione degli argini. Si attiene alla negativa in ragione della servitù cui i fondi inferiori sono soggetti per lo scolo, che le acque debbono naturalmente avere. Ma in questa ipotesi converrebbe distinguere, se lo scolo avviene per una direzione regolare, il proprietario inferiore non ha dritto a reclamo alcuno; altrimenti può egli obbligare il proprietario superiore a ricostruire gli argini tolti, e dare alle acque quel corso, che naturalmente conviene.

» Si vicinus opus tollat, et sublato eo, acqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat, Labeo existimat aquae pluviae arcendae agi non posse. Semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant. *L.* 1. *§. penult. D. de aqua pluvia arcenda.*

Paolo però soggiunge, che volendo il proprietario inferiore ricostruire a sue spese gli argini tolti, il proprietario superiore non può impedirglielo.

» Aggerem qui in fundo vicini, erat vis aquae dejecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat, (*id. restituat*) vel reponi sinat. Idemque putat, et si manu factus fuit, neque memoria ejus extaret, quod si extet putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiam si memoria ejus non extet agi posse, ut reponatur, nam hac actione neminem cogi posse, ut vicino prosit, sed ne noceat, aut impellet id facientem quod jure facere possit. Quanquam autem deficiat aquae pluviae arcendae, actio directa: attamen opinor utilem actionem, vel interdictum mihi competere adversus vicinum si velim aggerem restituere in agro ejus: qui factus mihi quidem prodesse potest: ipsi nihil nociturus est. Haec aequitas suggerit etiam si jure stricto deficiamur. *L.* 2. §. 5. *D. de aqua pluvia arcenda.*

Brunnemanno nel soggetto caso distingue; se gli argini siansi rotti naturalmente, allora l' inferiore volendoli ricostruire li fa a sue spese, se poi siansi rotti per opera del proprietario del fondo, questi può essere astretto per la ricostruzione.

» In §. 5 proponitur quaestio, si ruptus sit agger in fundo tuo, an possim te convenire ad reficiendum? Distinguitur an natura fecerit, an non. Si illud, non tenetur reficere: si autem aggeris facti nulla existet memoria idem est. Sed si hominum memoria agger a te factus, possum actione pluviae arcendae agere ad reficiendum. Sed et illo casu agi potest, ut aggerem reficere mihi permittat, quia illa non nocet, et mihi id prodest. Sed ubi ob utilitatem publicam agger factus, id onus est possessoris, cujus est fundus; nisi alius alii servitutem debeat, vel ab hominibus accolis communi sumtu aggeres facti. *Brunemanni Comment. in Pandect. ad* L. 2 §. 5 *de aqua pluv. arc.*

Fabro distingue i casi pei quali il proprietario di un molino superiore possa impedire la costruzione di altro molino nel luogo inferiore.

» Superioris molendini dominus prohibere non potest, ne in inferiore loco alius molendinum extruat, tametsi ex eo futurum sit, ut superioris reditus diminuatur. Si modo jure suo inferioris dominus aedificaverit, sive in proprio loco, sive in pubblico, nisi constet eo animo aedificasse, ut vicino noceret potius, quam ut sibi prodesset, id est ad aemulationem. Sed si ex privilegio aedificaverit, hoc est, ex concessione principis, distinguendum est qua ratione superiori vicino noceat. Nam si ob id solum, quod minus frequens superioris molendini commercium futurum sit, prohibendus non est, cum suam quisque possit conditionem meliorem facere, etiam cum alterius detrimento, dummodo citra injuriam. Si vero ob id quod cursus aquae impediatur,

et ex restagnatione fiat, ut superius molendinum perinde exerceri non possit, prohiberi potest. Sic enim concessio, et privilegium intelligi debet, ne illi qui jus anterius habuit damnum inferetur. Quod si ea construendi posterioris molendini forma ipso privilegio praescripta sit, quae restagnationis incommodum afferat, quaerendum erit an qui privilegium concessit jus habuerit, tale concedendi necne. Ut si non habuerit, cogatur inferioris molendini dominus opus destruere: si habuerit, nulla in eam rem actio competat, sed tantum adversus concedentem, si is forte priore concessione se obligaverat, ne alteri in posterum idem privilegium saltem in prioris molendini praejudicium concederet. Aut si superioris molendini domino permiserat, ut eos, qui in alia sive superiore, sive inferiore ejusdem fluminis parte aedificare vellent, prohiberet. Alioqui non ex eo solo, quo tibi promisero, molendinum aedificare in ripa fluminis, prohibeor aliis jus idem aedificandi concedere, tuo licet incommodo et damno. *Fabri cod. lib. 3. tit. 24. de servit. et aqua. Def.* 5.

» Le espressioni dell'articolo in esame, dice Pardessus, debbono essere saggiamente intese. Tosto che vien detto che l'opera dell'uomo non abbia contribuito allo scolo delle acque non dee conchiudersi, che il proprietario, il quale trasmette le sue acque al fondo inferiore, nulla possa permettersi sul proprio fondo, e che sia condannato di abbandonarlo ad una perpetua sterilità, o a non cambiarne mai la coltura pel motivo, che questa coltura o questi lavori produrrebbero qualche cangiamento al modo come le acque scorrono.

» La legge non ha potuto avere tale intenzione: dessa non vieta che l'incanalamento nel fondo inferiore delle acque le quali non vi sarebbero scorse per effetto della sola disposizione dei luoghi, ma non ha inteso di negare al proprietario superiore il dritto di favorire e dirigere lo scolo naturale.

» Ma sieno qualunque le opere che il proprietario superiore abbia potuto fare, fossero anche quelle permesse dalla coltura del suo campo; se il loro effetto è di portare le acque in un fondo che, nello stato precedente non vi sarebbe soggetto, il padrone di questo fondo potrebbe ricusarsi a riceverle. Egli non dee la servitù che allo stato naturale de' luoghi; e non può esser tenuto a ciò, che questo stato naturale non esige, qualunque ne sia il vantaggio, che il proprietario superiore possa ritrarre.

,, Così non si può pretendere, sul fondo del suo vicino, il dritto di farvi passar le acque destinate alla irregazione di qualche podere. La natura delle cose, e lo stato dei luoghi non impongono che il fondo di uno soffra il passaggio delle acque inviate a fertilizzare il predio altrui.

,, Sarebbe forse lo stesso se colui il quale volesse il passaggio delle acque invocasse questo dritto a titolo di servitù legale, e ne offrisse l'indennità? Il testo dell'articolo 682 (603) sulla servitù legale di passaggio no 'l decide: ed in generale è contro la natura delle servitù, allorchè non sono chiaramente imposte dalla legge, che possono dipendere da altro fuorchè dalla libertà delle convenzioni.

,, Sembra intanto di molta importanza, che quando i particolari volessero costruire un canale d'irrigazione, o stabilire de' molini in un paese che ne è senza, i proprietarj dei fondi che il canale dovesse traversare fossero costretti di soffrirlo a prezzo di una indennità preventiva. Ma così fatta questione rientra nella classe di quelle, che toccano l'interesse generale o locale. Compete all'amministrazione pubblica il pronunziarvi; poichè siccome è ella rivestita del dritto di autorizzare la formazione de' canali, e quella de' letti nuovi che si cerca dare ai corsi delle acque, o alle loro diramazioni, e del dritto di giudicare quando un particolare debba cedere la sua proprietà per utile pubblico, questa doppia attribuzione la mette anche al caso di bilanciarne gl'interessi. *Pardessus. Trat. della servitù n.* 83.

» In occasione dei cambiamenti può elevarsi la questione di sapere come si debba riconoscere, che lo stato naturale de' luoghi, sola cagione dell'obbligo del fondo inferiore, faccia scorrere le acque piuttosto per tale parte che per altra. Lo stato attuale e momentaneo, allorchè nasce la contestazione non può servire a deciderla: è questo precisamente il

punto dubbioso: l' uno vuol mantenerlo, l' altro vuol farlo cambiare. Le variazioni, i casi fortuiti, la coltura, o il capriccio de' proprietarj, apportano allo stato primiero de' cangiamenti successivi che nol fanno più riconoscere. Ci sembra che lo stato de' luoghi che ha esistito pel tempo richiesto a prescrivere, debba presumersi lo stato naturale, e primitivo. Questo sentimento è uniforme allo spirito della legge, sulla prescrizione anche in materia di servitù. Quando questo mezzo non può impiegarsi per la impossibilità di ottenere nozioni abbastanza precise su i fatti antecedenti alla contestazione, i tribunali debbano decidere colla loro saviezza; e su la relazione de' periti. Sarebbe lo stesso nel caso, che comparisse una nuova sorgente: apparterrebbe anche ai periti il determinare il luogo del suo corso. *Pardessus. Trat. delle servità n.* 83 e 84.

,, §. 5. Quegli che ha una sorgente nel suo ,, fondo, può usarne ad arbitrio; salvo il ,, dritto che potesse avere acquistato il pro- ,, prietario del fondo inferiore per qualun- ,, que titolo, o in forza di prescrizione. *Art.* ,, 563 *Leg. civ.*

Ulpiano per ciò che riguarda il corso delle acque, insegna che dee principalmente attenersi alla convenzione, indi alla natura del luogo, finalmente alla vetustà. Colui adunque che dee prestare la servitù può essere astretto a soffrire, non già ad imporre che altra cosa si faccia.

» Denique ait, conditionibus agrorum quasdam leges (*idest pactiones solere apponi*) esse dictas (*idest consuetas dici*); ut quibus agris (*inferioribus*) magna sint flumina (*scilicet pervenientia de superiori agro; vel dic flumina, idest superabundantia aquae*) liceat mihi (*cujus agri sunt illi, qui sunt pleni aqua venienti ex fundo superiori*) scilicet in agro tuo aggeres (*ut aqua versus aliquam partem vadat, ut ager meus ea evacuetur*), vel fossas habere. Si tamen lex (*idest pactio*) non sit agro dicta, agri naturam esse servandam; et semper inferiorem superiori servire; atque hoc incommodum naturaliter pati inferiorem agrum a superiore, compensareque cum alio commodo. Sicut enim omnis pinguitudo terrae ad eum decurrit, ita etiam aquae incommodum ad eum defluere. Si tamen agri lex (*idest pactio*) non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. Sane enim et in servitutibus (*aquae et aliis*) hoc idem sequimur, et ubi servitus non invenitur imposita (*idest non probatur per testes qui interfuerint constitutioni servitutis, sed solo legitimo tempore eam sibi defendat*) qui diu usus est servitute neque vi, neque clam, neque precario habuisse longa consuetudine, velut jure impositam servitutem videatur. Non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in ejus agro muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum. *L.* 1 §. *ult. D. de aqua plu. arcenda.*

,, I dritti principali ,, osservò il tribuno Gillet al corpo legislativo di Parigi ,, sono senza dubbio quelli del padrone della terra dove scaturisce la sorgente: è un beneficio, di cui la natura medesima ha arricchiti i suoi fondi; ed un accessorio evidente della sua proprietà: è giusto perciò che egli ne usi secondo la sua volontà, come della proprietà medesima.

» Tuttavolta quando la sorgente sgorga al di fuori, il fondo ove scende non avrà forse dritto alcuno? È la natura eziandio la quale vuole che questa soprabondanza si spanda su di lui; e se la necessità di riceverla è una condizione annessa alla sua posizione, ne siegue forse che questa condizione non possa esser mai interpetrata se non di un modo oneroso? non fa d' uopo al contrario che vi sia un termine in cui si possa esser sicuro di raccogliere i vantaggi che divenir possono il giusto compenso del peso al quale è soggetto?

» Questa questione non esiste quando vi sono de' titoli, che regolano i dritti rispettivi; ma quando non ve ne sono è un soggetto di controversia, di cui gli annali del foro ce ne offrono più di un esempio.

» L' antica giurisprudenza decideva che in questo caso il proprietario del fondo dove la sorgente nasceva conservava sempre la libera disposizione delle acque, e che poteva cangiarne o distoglierne il corso a suo piacere; senza che l' arbitrio di questa facoltà potesse essere moderato in parte alcuna, ne

col lungo uso che il proprietario inferiore aveva fatto di questo corso d' acqua, nè in considerazione dei travagli sofferti in raccoglierla, nè in favore dei stabilimenti conseguentemente formati. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 51.

Su l' arbitrio ad usarne che ha colui il quale ha una sorgente nel proprio fondo dice Pardessus, che questo dritto è tale » sino a farla scomparire per le vie sotterranee, di trasmetterne le acque a titolo di vendita, di donazione, o in altro modo al fondo inferiore che più stimerà convenevole, senza che altri vi si possa opporre; di conservarle nelle peschiere, o ne' serbatoj; di formarne getti d' acqua, o altro di semplice diletto. Questo dritto è regolato da' soli riguardi di pubblico interesse.

» Si può decidere ancora, che il proprietario di un fondo inferiore, il quale acquistasse per conto suo particolare il fondo cui comparisce la sorgente, potrebbe, usando i dritti stessi, privarne il fondo di cui è compadrone, abbenchè tale qualità gli faccia un dovere di conservare a quel fondo tutt'i suoi vantaggi. È la ragione, che il fondo superiore nulla dovendo all' inferiore, colui che l' ha acquistato avrebbe li medesimi dritti di un terzo.

» Se il fondo appartiene al patrimonio pubblico, questo riguardo non mette alcuna differenza all' applicazione di tutto ciò ch' è relativo agli obblighi, e dritti de' proprietarj inferiori. Gli articoli 537 e 542 del cod. (462 e 457) dichiarano che le proprietà dello stato, e de' comuni sono soggette alle medesime leggi de' particolari, salvo le modifiche sul modo della loro amministrazione. *Pardessus. Trat. delle servitù n.* 76.

» §. 6. La prescrizione in questo caso
» non può acquistarsi che col possesso con-
» tinuo di anni trenta da computarsi dal
,, momento, in cui il proprietario del fondo
,, inferiore ha fatto, e terminato de' lavori
,, visibili destinati a facilitare il declivio ed
,, il corso delle acque nel proprio fondo.
,, *Art.* 564 *Leg. civ.*

L' imperatore Antonino rescrisse, che la servitù la quale ha una causa continua si acquista con lungo tempo non interrotto, nè il proprietario il quale ha erogato delle spese in considerazione della servitù ha il dritto di ripeterle.

» Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti (*et sic x. ann. inter presentes xx. inter absentes*). Quod si ante id spatium ejus usus interdictus est, frustra sumptas in eam rem factos praestari tibi postulus, cum aliena possessione operis facti dominium, quod in eadem causa manet, ad eum pertineat, cujus est possessio. *L.* 2 *Cod. de servitut. et aqua.*

Perezio fa osservare, che per tale prescrizione non è necessario il titolo, considerandola diversa dalla usucapione.

» Ad hanc vero servitutum praescriptionem non existimo titulum esse necesarium; atque ita differre ab usucapione, quam constat titulum exigere, de qua non hic agimus. Qua in re falli mihi videntur illi, qui non distinguunt usucapionem a longi temporis praescriptione: de hac enim loquitur Ulpianus in *L.* 10 *D. si serv. vind.* cum ait: quod si quis diuturno usu, et longe quasi possessione servitutem nactus sit, non est ei necesse docere de jure suo, id est titulo, aut de jure auctoris, a quo eam habeat; sed ut ostendat per longum tempus usum se servitute, in eaque praescribenda bonam fidem habuisse, sive non vi, non clam, non precario servitutem acquisivisse; nam his tribus modis servitus mala fide possideretur. *Perezii Praelect. in lib.* 3 *cod. tit.* 34 *de servitut. n.* 27.

Per proprietario inferiore di cui fa parola il nostro articolo dee intendersi quegli che confina immediatamente col fondo superiore, o qualunque altro proprietario inferiore? Ragionevolmente Delvincourt pensa che si è inteso parlare del primo, e ne adduce le ragioni seguenti.

1. L'articolo dice: il proprietario del fondo inferiore, e non già di un fondo. L'articolo *del* è qui determinativo, ed indica trattarsi di un sol fondo; or questo non può essere che il fondo immediatamente inferiore.

,, In secondo luogo, l' articolo esige che i lavori siano visibili, vale a dire ch' essi abbiano potuto e dovuto essere conosciuti

dal proprietario superiore. Or in che modo potrà egli vedergli o conoscergli, se siano stati fatti in un fondo situato forse ad un quarto di lega lungi dal suo?

,, In fine, l' art. dice: delle opere destinate a facilitare la caduta dell' acqua: or questa parola, *la caduta* indica chiaramente il punto d' onde l' acqua esce dal fondo superiore per entrare nell' inferiore. Dunque si tratta quì del vicino immediato.

Nota. Un arresto di cassazione del 25 agosto 1812 (Sirey 1812 1 parte pag. 350) sembra aver deciso che bisognava che i lavori fossero stati fatti sul fondo superiore dal proprietario dell' inferiore. Tal pare ancora essere l' opinione di *Cepolla de servitutibus praed. rustic. capit.* 4 *n.* 52 *e seg.* Se questa venisse ammessa, la quistione, che noi abbiamo decisa non potrebbe aver luogo. Ma a me sembra che l'art. 642 (564 *Leg. civ.*) non esiga del tutto che i lavori siano fatti sul fondo superiore; e certamente una simile disposizione meritava di essere formalmente espressa. La legge esige solo che i lavori siano apparenti, vale a dire che avessero potuto esser conosciuti dal proprietario del fondo superiore. Non è permesso di aggiungere a ciò ch' essa prescrive. L' oratore del governo nel suo discorso validamente appoggiò questa disposizione. In niuna parte si parla di lavori fatti sul fondo superiore: » Ma se per più di trent' anni, egli disse, il proprietario del fondo superiore ha lasciato alle acque della sua sorgente un corso, in occasione del quale il proprietario del fondo inferiore abbia fatto costruire de' lavori visibili, nella mira di usare di queste acque, e che in tale stato ec.; al certo quì nulla si scorge, che possa indicare la necessità di un fatto così straordinario come quello della costruzione de' lavori sul fondo altrui senza il consenso del proprietario; e se ciò fosse, l' oratore stesso che da questi lavori fa risultare la presunzione di un precedente accomodo di cui non rimane più alcuna traccia, non avrebbe tralasciato di convalidarsi maggiormente della presunzione ancor più forte che risulterebbe dalla costruzione di questi stessi lavori sul fondo superiore. Finalmente sembra che ciò sia stato formalmente deciso colla discussione ch' ebbe luogo nel tribunato. Il progetto diceva; *opere esteriori*; il tribunato pensò, che per non fare arguire da queste parole che i lavori dovessero esser fatti sul fondo superiore, bisognava sostituirvi la parola *apparenti*. Adottando adunque questo cangiamento, il legislatore chiaro provò essere sua intenzione che bastavano le opere fatte sul fondo inferiore. *Delvincourt Corso sul codice civile. Nota* 19 *tit.* 4 *vol.* 3.

D' altronde è una verità sempre generalmente ed unanimamente riconosciuta » osservano gli autori delle pandette francesi » che l'acqua la quale ha la sua sorgente in una proprietà, purchè questa non formi un fiume o una riviera navigabile, faccia parte della proprietà di questo fondo, secondo il principio che colui che ha il suolo, ha altresì il di sopra ed il di sotto di esso.

» Da ciò ne segue che il proprietario può far uso di quest' acqua come del fondo dov' essa nasce, cioè servirsene a suo piacere e volontà. Egli può stabilirla e ritenerla in vasche, peschiere, cisterne, o serbatoi; farla svanire per vie sotterranee, o in qualunque altro modo, senza esser tenuto a render conto a suoi vicini dell' uso che ne fa.

» Può egualmente deviare il corso delle sue acque, e troncare le vene delle sue sorgenti in pregiudizio delle possessioni inferiori. *Si in meo fundo aqua erumpat quae in tuo venas habet, si eas venas incideris, et ob id desierit aqua ad me pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita sit.*

» Il proprietario del fondo dove nasce la sorgente può far uso di questo dritto senza che possa essere diminuito dal possesso che allegar potrebbero i proprietarj de' fondi inferiori, per lungo che questo esser potesse, sinchè non è che il risultato del corso ordinario e naturale delle cose.

» Un tal possesso in fatti è una conseguenza della località, e non del consenso o dell' obbligazione del proprietario del fondo superiore. Si può bensì acquistare una servitù senza titolo col possesso, ma questo possesso fa d' uopo che sia l' effetto di un fatto *ex facto hominis*. Quindi il possesso che non è

che il fatto della natura, non può servir di base alla prescrizione di una servitù.

» Tutti i giureconsulti convengono su questa dottrina.

» Questi principj ricevono la loro applicazione qualunque sia il motivo dell' uso che il proprietario del fondo superiore abbia fatto delle sue acque, sia codest' uso necessario o semplicemente voluttuoso, perchè una siffatta facoltà non dipende dal fine dell' uso, ma dal dritto di proprietà.

» In conseguenza non importa che il proprietario abbia disposto delle sue acque per una manifattura, per farne vivai, o solamente vasche di ornamento.

» Questi medesimi principj non si restringono alla sorgente ch' esiste nel fondo superiore; ma si applicano altresì alle acque esteriori che il proprietario avesse potuto raccogliere e riunire nel suo fondo con qualche industria, come le acque di pioggia, o quelle che avesse distolte dalle strade vicinali. Simili acque, una volta che siano state introdotte nel suo fondo, divengono sua proprietà, ed a lui appartengono come quelle di sorgente o di fontana.

» Il proprietario di un fondo superiore (dice Dunod), può distoglier l'acqua che scorre in un fondo, o lungo la via pubblica, e prevalendosi del vantaggio del luogo, deviar le acque vicinali; nè vi è luogo a doglianza per parte de' proprietarj inferiori, che da tempo immemorabile fossero in possesso di ricevere queste acque.

» Da tutto ciò che precede, ne segue che la prescrizione non può risultare in favore de' proprietarj inferiori dal solo fatto che le acque sono ad essi arrivate per un tempo anche immemorabile. Vi debb' essere qualche altra circostanza che stabilisca il loro dritto di riceverle e possederle. Alla disposizione della natura debbe unirsi il fatto dell'uomo.

» La legge dice che la prescrizione incomincia a correre dal momento in cui il proprietario inferiore ha fatti e terminati lavori apparenti, destinati a facilitare la caduta e il corso dell' acqua.

» Questi lavori debbono da principio esser tali che manifestino il diritto e la intenzione di ricevere le acque come proprietà; come sarebbe il taglio di una preminenza, la costruzione di un canale, ed altri lavori di questa specie. Il nettamento o astersione del letto, ed altre operazioni che annunziassero la intenzione di scostare gl' inconvenienti del passaggio dell' acqua, non avrebbero questo effetto.

,, Queste opere però fa d' uopo che siano apparenti, cioè tali che il proprietario del fondo superiore donde scorrono le acque, non abbia potuto ignorarne l' intrapresa nè l'oggetto. Benchè codeste operazioni, dopo che sono terminate, non siano più apparenti, la prescrizione non cessa di correre, se non si sono potute effettuare senza che se ne avesse cognizione.

,, Risulterà dalle espressioni della legge, che la prescrizione non incomincia a correre che dal momento in cui i lavori saran perfetti?

,, Si dirà per l' affermativa che l' articolo prescrive, che si conti dal momento in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato questi lavori, ed in conseguenza che deve partirsi da quest' ultimo punto per far correre la prescrizione.

,, La risposta è, che la legge si esprime così, per far intendere che i lavori incominciati, ma non terminati sono incapaci da far correre la prescrizione, perchè in questo caso vi è la presunzione che sieno stati interrotti sulla prova, o dopo la ricognizione che il dritto non esisteva. Ma quando i lavori sono stati compiuti, co' quali si attesta il consenso del proprietario del fondo superiore, fa d' uopo partire, per contare il tempo della prescrizione, dal momento in cui sono stati questi incominciati; perchè sin da questo istante il proprietario del fondo superiore ha potuto agire per interromperli; e subito che non l' ha fatto, il suo consenso risale sin là.

» Vi è un caso, benchè la legge non ne parli, in cui la prescrizione può correre e compirsi senza che sia stato fatto alcun lavoro: ed è quello in cui vi è stata contraddizione. Se si è avanzata una domanda giudiziaria contra il proprietario del fondo superiore per parte del proprietario del fondo inferiore, affinchè lasciasse goder questi delle

sue acque, e che dopo l'epoca di una tale domanda, l'ultimo abbia continuato per trent'anni a riceverle, costui avrà acquistata la prescrizione, quantunque non si trovi su questa domanda interposta alcuna sentenza; perchè allora vi è la presunzione in favore del dritto.

» Così ancora se il proprietario del fondo superiore avendo incominciato i lavori per ritenere le sue acque, gli sia stata fatta per parte del proprietario del fondo inferiore, una citazione d'interromperli, e che dopo quest'epoca le acque abbiano continuato a scorrere per trent'anni su questo fondo inferiore, la prescrizione sarà compiuta in favore del proprietario.

» Queste decisioni non possono provare alcuna difficoltà. Esse risultano dallo spirito della legge, giacchè in questo caso, come nell'esempio ch'essa ha dato, vi è prova che il proprietario del fondo inferiore ha inteso godere delle acque a titolo di servitù, e si può presumere che quello del fondo superiore ha riconosciuto questo dritto. *Osservazione all'art. 1542 del codice civile.*

Può il giudice per mezzo della prova testimoniale conoscere il concoso del tempo a prescrivere; molto più se per mezzo dei periti rileva segni permanenti, che indicano l'esercizio della servitù. Decisione della suprema corte di giustizia de' 14 gennaro 1826.

» *Fatto.* Nel dì 20 giugno 1814 D. Cesare Volpicelli covenne il barone di Petina D. Carmine Cassetta presso l'abolito giudicato di pace del quartiere Vicaria per aver costui sviate dal corso antico due vene d'acqua sorgiva provvenienti da un fiumicello di spettanza del detto barone, le quali irrigavano una sua palude; e per avergli ancora lo stesso barone tolto un passaggio, di cui era stato pacificamente in possesso. Quindi domandò, che le innovazioni enunciate si fossero ridotte allo stato primiero.

» Quel giudice dietro un'esame testimoniale, ed in veduta di due separati rapporti di periti all'uopo eletti con sentenza de' 5 aprile 1816 accolse la domanda del signor Volpicelli. Tal sentenza venne poi confermata dal tribunale civile con sentenza de' 18 settembre del suddetto anno.

» Nel dì 20 maggio del seguente anno 1817 lo stesso barone Cassetta istituì giudizio in petitorio sugli stessi oggetti, controversi prima in linea possessoriale. Il convenuto oppose, che questo ultimo giudizio non erasi ancora esaurito.

» Il tribunale civile di Napoli con sentenza contumaciale de' 27 febbraro 1818 fece diritto alla domanda dell'attore. Il signor Volpicelli produsse le opposizioni.

» Lo stesso tribunale con sentenza de' 9 aprile dello stesso anno ordinò una perizia, eseguita la quale ne fu commessa la revisione ad altri tre periti, che furono nominati dal tribunale medesimo con altra sentenza de' 10 aprile 1820.

» Dietro il rapporto di questi nuovi periti fu riportata la causa al tribunale, il quale con sentenza de' 25 giugno 1823 rigettò le opposizioni del signor Volpicelli, per ciò, che riguardava la immissione delle acque al Sauro nell'alveo delle lave, e per ciò, che riguardava la picciola strada aperta dalla locataria Sabbata Rocco: Ordinò quindi che per questa parte la sentenza medesima avesse la piena esecuzione. Facendo poi diritto alle opposizioni medesime lo stesso tribunale dichiarò, che il moggio, e mezzo di palude, di proprietà del signor Volpicelli affittata alla detta signora Rocco dovesse continuare ad essere irrigato: a quale oggetto ordinò, che il progetto de' periti relativo alla fomazione di un canale novello provveniente dalle acque in pianta 72 si eseguisse nel modo da essi indicato, onde aversi la facile irrigazione in tutta la estensione del detto fondo. Il signor Volpicelli appellò, tanto di questa sentenza, che della interlocutoria de' 10 aprile 1820. Il barone nè appellò incidentemente.

» La gran corte civile nel dì 17 dicembre del suddetto anno 1823 profferì la seguente decisione.

»» Deliberando definitivamente sugli appelli in principale e per incidente prodotti da D. Cesare Volpicelli, e dal barone D. Carmine Cassetta avverso le sentenze del tribunale civile di Napoli de' 10 aprile 1820, e del dì 25 giugno andante anno 1823, rivoca questa medesima sentenza, e discarica, ed assolve D. Cesare Volpicelli dalle pretese del barone D. Carmine Cassetta.

» Per conseguente dichiara, che D. Cesare Volpicelli abbia prescritta la servitù sulle acque sorgenti nella palude di proprietà del detto signor Cassetta, sita nel circondario di Poggio reale al luogo detto *il Sauro* ne' punti designati colle lettere S. T. nella pianta levatene dagli architetti Morra, Barletta, e Cavallo quali acque s' immettono nel così nominato canale delle lave nel punto segnato dalla lettera C. nella stessa divisata pianta; e quindi potrà il sig. Volpicelli servirsi delle medesime acque, secondo il solito da lui praticato ed a norma de' regolamenti; per lo che il detto canale detto delle lave sarà a regola d'arte ridotto nello stesso stato in cui fu riconosciuto da' mentovati architetti.

» Ordina similmente, che per ciò riguarda l'altra contestazione intorno al corso ed all' uso dell' acqua derivante dal fiumicello detto a settentrione destinata ad inaffìcare il moggio, e mezzo della palude dello stesso Volpicelli, e distinto un tal terreno col nome di Sabbata Rocco, non che riguardo al piccolo sentiere vicinale praticato accosto il designato corso d'acqua, che il tutto sia ridotto a spese del barone Cassetta nello stato in cui detti corsi di acqua, e sentiere rattrovavansi all'epoca, che fu levata la ridetta pianta, e vennero da riferiti architetti descritte le località.

» Ed all'oggetto di riporsi le cose nello stato indicato, nomina di officio l' architetto D. Luigi Morra, il quale dato prima il giuramento nelle mani del giudice Palomba all' uopo delegato, eseguirà gli additati incarichi.

» Le multe non dovute.

» Le spese dell' intero giudizio compensate.

» L' esecuzione al tribunale civile di Napoli, per ciò che non si oppone all'attuale decisione.

» Contro tal decisione il barone Cassetta si provvide di ricorso nella suprema corte di giustizia allegando, 1. Che la gran corte ha violato l'art. 188 delle leggi di proc. civile: 2. Che la stessa gran corte ha tratto elementi di convizione da un processo compilato in linea penale, non comunicato, e non discusso tra le parti, con manifesta violazione dell'articolo 171 delle suddette leggi. 3. Che la gran corte medesima avendo rivocata la sentenza interlocutoria de' 10 aprile 1820 ha violato l'articolo 389 e seguenti delle stesse leggi. 4. Che avendo essa gran corte dichiarata prescritta in favore del signor Volpicelli la servitù sulle acque di proprietà del ricorrente, fondando la prescrizione su di un preteso possesso, che ha creduto trarre da' fatti inesistenti, ed improbabili, ha violate le regole stabilite nelle *L.* 1. *e* 21. *ff. de aqua, et aqua pluvia arcenda*, 6. *ff. si servit.vindic.* 14 *ff.de servit.praed.rustic.* 24 *ff. de damno infecto, e* 10. *e* 12. *cod. de servit.* 5. Che il signor Volpicelli non potendosi più valere del mezzo delle pareti per esercitare il suo preteso diritto di servitù, l' acqua prescritta una volta, era divenuta nuovamente libera, ed assoluta proprietà del ricorrente; e che in conseguenza avendo la suddetta gran corte seguito un' opposto principio ha violato le *L.* 10. §. 1. *e* 18 *ff. quemad. servit. amit.* 2. *ff. de aqua quot. et aest. e* 17. *ff. de aqua, et aqua pluvia arcenda.* 6. Che la stessa gran corte ha malamente interpetrato il contratto di compra-vendita, ed il rapporto dell' architetto Schioppa che fece il distacco della palude venduta, ha alterato i fatti nascenti dal processo, ed ha errato nella definizione della natura della servitù, poichè trattavasi di servitù *de aqua arcenda*, e non già di aquedotto permanente, e stabile; e che quindi ha violato l' articolo 692 dell' abolito codice civile, e le regole della interpetrazione de' contratti contenuti negli art. 1156 e 1164 dello stesso codice: 7. Che la suddetta gran corte è benanche caduta nelle stesse violazioni intorno alla servitù di passaggio; poichè questa per una servitù discontinua, di cui non fa titolo la destinazione del padre di famiglia, e d' altronde non è stata costituita nel contratto di vendita.

» Udito il rapporto; ed inteso il pubblico ministero il quale ha conchiuso all' annullamento della decisione impugnata per la parte relativa al fondo Sauro, e per la parte relativa al fondo detto Fiumicello, e Settentrione, si è rimesso alla giustizia del collegio.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Per ciò, che appartiene all'acqua del Saudo.

» Viste le *LL.* 7. 10. 17. *D. de servit., et aqua*: Viste la *L.* 10 *D. si servit. vindicetur*; e la *L.* 28 *de servit. urban. praediorum.*

» Attesocchè per dritto antico, sulle di cui norme la causa presente va decisa, le servitù così rustiche, che urbane si prescrivevano coll'uso pel tempo prescritto dalla legge, senza distinzione delle continue, ed apparenti dalle discontinue, e non apparenti; ed è anche vero, che la tolleranza del padrone del fondo serviente fa supporre la scienza nell'esercizio della medesima; cotesta presunzione esclude l'idea di possesso clandestino, e violento: ond'è che dato il decorrimento del tempo richiesto a prescrivere, cotesto estremo bastava per conservare il possessore nel dritto della servitù, senza che abbisognasse il titolo richiesto dalle leggi ora imperanti.

» Considerando nella specie, che la gran corte ha riconosciuto dalle pruove testimoniali il concorso del tempo richiesto a prescrivere; e dal rapporto de' periti Morra, Barletta, e Romano ha pure rinvenuto segni permanenti, che indicano l'esercizio indubitato della servitù *aquaeductus*: e comunque i secondi periti dissentissero da' primi, nulla impediva, che la religione della gran corte si determinasse sul parere de' primi, anzichè degli altri. La corte suprema perciò non trova motivo ad accogliere le doglianze del barone Cassetta.

» Per ciò, che concerne l'uso delle acque del fiumicello a settentrione e della viottola.

» La suprema corte osserva, che così i primi, che i secondi periti verificarono, che al tempo, in cui il barone Cassetta era padrone del moggio, e mezzo di palude compreso tra le moggia 14 vendute al sig. Volpicelli, egli si serviva di tirare dal detto fiumicello le acque per inaffiarlo; e comunque non opportunamente la gran corte indichi in uno de' considerandi alcuni atti compilati nella corte criminale non ultimati a presentare all'oggetto elementi di prova contro il signor Cassetta, per indulto sopravvenuto; pure dacchè detti atti si enunciano per esuberanza, e per un dippiù della prova già assodata, cotesta inavvertenza non rende meno legale la verità d'altronde desunta dal magistrato sulla destinazione del padre di famiglia all'oggetto. Or ciò posto dacchè al tempo del contratto si ebbe ragione del dritto d'inaffiamento senza riserva in contrario, od indicare altro mezzo di quello, che si trovava già fissato, s'intende; a senso della legge, venduta la palude colle servitù, e diritti inerenti al tempo del contratto.

» Così per la strada. Avvegnacchè trovandosi questa parte della palude affittata col dritto di una viottola a comodo del colono, giustamente la gran corte riconobbe il dritto medesimo trasferito al suo avente causa. Potea solo scanzarsi cotesta servitù, dichiarandosi precisamente l'esclusiva nel contratto: e se nel silenzio vi è la tacita volontà di accordarla, nel dubbio non potrebbe, che risolversi a favore del compratore.

» La decisione per ciò, che rende omaggio a cotesti principj, non può non esser applaudita dalla suprema corte.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati 27 e grani 62 oltre il costo della spedizione.

» §. 7. Il proprietario della sorgente non » può deviarne il corso, quando la medesi- » ma somministri agli abitanti di un comune, » villaggio, o borgo l'acqua che è loro ne- » cessaria: ma se gli abitanti non ne hanno » acquistato, o prescritto l'uso, il proprie- » tario può pretendere una indennità da de- » terminarsi per mezzo di periti. *Art.* 565. » *Leg. civ.*

Pel deviamento del corso della sorgente che si vieta al proprietario s'intende nel soggetto caso quello, che all'intutto tolga l'uso pubblico delle acque: ma se mai il proprietario per comodo del suo fondo dia altra direzione alla sorgente in modo che il pubblico non sia a perdene l'uso, pare che debba in allora soffrire una eccezione il divieto del presente articolo.

D'altronde si riflette con Delvincourt, che » gli abitanti non han bisogno della prescrizio-

ne per conservare l'uso dell'acqua, ma solamente per esimersi dal pagamento dell'indennità; mentre i particolari, che non hanno titoli non possono acquistare l'uso se non colla prescrizione; ma anche è vero in tal caso che non hanno da pagare alcuna indennità. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 3. *nota* 25 *al tit.* 4.

,, §. 8. Quegli, lungo il cui fondo scorre ,, un'acqua corrente, tranne quella che è di- ,, chiarata di ragione del pubblico demanio ,, nell'articolo 463. (Vedi. *Beni dello sta-* ,, *to* §. 1.) può servirsene, mentre scorre, ,, per la irrigazione de' suoi fondi.

,, Quegli il cui fondo viene attraversato da ,, quest'acqua, può anche servirsene nell' ,, intervallo in cui vi trascorre; ma quando ,, questa ne esce, ha l'obbligo di restituirla ,, al suo corso ordinario. *Art.* 566. *Leg. civ.*

È uniforme alla dottrina professata da Pomponio in riguardo all'uso che può far dell' acqua colui nel di cui fondo scorre, senza produrre danno alcuno al suo vicino.

» Hoc jure utimur, ut non solum ad irrigandum sed etiam pecoris causa, vel amaenitatis aquam duci possit. Ex flumine aquam ducere plures possunt, ita tamen ut vicinis non noceat, vel si angustus amnis sit, etiam ei qui in alia ripa sit. *L.* 3. *D. de aqua quotid. et aestiva.*

,, Suppone l'articolo ,, osserva Maleville ,, che non vi sia nè titolo, nè possesso bastevole per ammettere una prescrizione, ed in questa ipotesi decide, che i proprietarj delle sponde di un'acqua corrente, e quelli del terreno da quest'acqua medesima traversato, possono servirsene nella maniera indicata. Ma se vi ha titolo o prescrizione contraria, fa d'uopo attenersi o all'uno o all'altra; ed in tal caso può accadere benissimo, che i proprietarj più lontani dall'acqua corrente abbiano il dritto di avvalersene in pregiudizio de' più vicini.

,, L'unica difficoltà, che si trova su questo proposito, consiste forse nel determinare quale specie di possesso si debba allegare per ammettere una prescrizione. Parlò taluno del possesso immemorabile; ma siccome la più lunga delle prescrizioni giunge a trent'anni, e siccome fra il proprietario di una sorgente, e quello dei fondi alla sorgente vicini, o dalla sorgente attraversati, non vi passa alcun divario; così sul periodo de' trent'anni computati dall'istante de' palesi lavori si dee fondare la prescrizione.

,, Che se uno de' proprietarj delle sponde s'impadronisse di tutta l'acqua in pregiudizio degli altri, ovvero ne prendesse una quantità troppo considerevole, in tal caso si dovrebbe procedere ad una norma di regolare perizia.

» Del resto l'articolo dee applicarsi non solo alle fontane ed ai ruscelli, ma benanche alle acque che scorrono nelle strade de' villaggi, e che i proprietarj si studiano di divergere per irrigare i loro poderi. Per sentenza del 5 aprile 1710 riportata da Dunod p. 88 fu giudicato, che ciascuno avesse il dritto di profittarne durante il loro passaggio, anche se da un tempo immemorabile fossero queste acque solite a discendere all'in giù adacquando altri terreni sottoposti; purchè per altro la pendenza delle acque non sia stata fatta per pubblico vantaggio. *Maleville. Osservazione all'art.* 744 *del cod. civ.*

Inoltre alla irrigazione de' fondi, onde il proprietario può servirsi dell'acqua che scorre pei fondi stessi, si unisce anche il dritto di fare di quest'acqua un uso, che più corrisponde al commodo del medesimo proprietario. Quindi può questi, al dir di Delvincourt » far delle aperture ad una riviera o ruscello per riempire de' canali o canaletti espressamente costruiti. Questo è particolarmente in uso ne' dipartimenti dove si coltiva il riso.

» Ma si possono fare tante aperture quante se ne vogliono? Si: osservando nondimeno che *summo jure* non si è proprietario che della metà della riviera, si dovrà dunque in caso di litigio decidere *ex aequo et bono* secondo i bisogni rispettivi di ciascun proprietario limitrofo alla riva, e conforme all'articolo 645 (567).

» Notate in primo luogo che anche nel caso in cui un corso di acqua serva di limite a due proprietà, è possibile che uno de' due confinanti ne abbia acquistata la proprietà esclusiva per titolo o prescrizione; ed allora l'altro proprietario non avrebbe dritto di farvi apertura alcuna.

» 2.° Ch'egli è possibile che un fondo sia traversato da un'acqua corrente, e che il proprietario di quello non abbia dritto di usar di questa; ciò avviene quando essa scorre in un canale fatto per opera dell'uomo; poichè si presume l'acqua e 'l canale appartenere al proprietario del fondo inferiore; come se questo alimentasse un molino costruito in detto fondo. » Fa d'uopo credere allora, dice Henrys tom. 2. lib. 4. quest. 149 che il proprietario del molino prima di costruirlo siasi assicurato del ramo d'acqua, e del suo corso, e che per conseguenza egli sia proprietario dell'acqua e del canale » Così fu deciso con due arresti de' 13 dicembre 1608 e 15 luglio 1656 riferiti da de Lacombe. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo 3. nota 15 al tit. 4.*

» §. 9. Insorgendo qualche controversia » fra i proprietarj ai quali tali acque posso- » no esser utili, i tribunali decidendo deb- » bono conciliare l'interesse per l'agricoltu- » ra coi riguardi dovuti alla proprietà: ed » in tutt'i casi debbono essere osservati i re- » golamenti particolari e locali sul corso, » ed uso delle acque. *Art.* 567. *Leg. civ.*

Toullier osserva su questo articolo, che in qualunque modo pronunziassero i tribunali, la loro decisione sarebbe esente dalla censura della cassazione; come si può rilevare da due arresti resi nello stesso anno, i giorni 7 aprile, e 15 luglio 1807 che quantunque in apparenza sembrino contrarii, sono pur nondimeno fondati sullo stesso principio.

,, Nella specie del primo, un tale signor Bollet le cui proprietà sono attraversate da un ruscello, aveva in virtù del possesso immemorabile di usar delle acque per la irrigazione de' suoi prati, eseguito delle opere per facilitare questa irrigazione. I proprietarii di due molini inferiori se ne dolsero, e ne nacque una lite, nella quale fu provato 1.° che Bollet aveva fatto de' canaletti di derivazione scavati e moltiplicati con molta intelligenza, in modo da procurare a'suoi prati una irrigazione necessaria; 2.° che il ruscello insufficiente ne' tempi secchi per far girare i molini inferiori, era ancora diminuito dalle irrigazioni, d'altronde vantaggiosissime al proprietario; 3.° che non vi era ne' fondi di Bollet alcuno scavo, in cui l'acqua si potesse disperdere; 4.° ma che le prese d'acqua che aveva praticato avevano nociuto ai molini inferiori.

,, Bollet fu condannato a distruggere le opere, e a rimettere le cose nello stato primiero.

,, Con arresto de' 7 messidoro anno 13 la corte di appello di Dijon dichiarò che era stato ben giudicato; salvo a Bollet di provocare un regolamento, intesi gl' interessati sul modo di usare del dritto delle prese di acqua per la irrigazione de' suoi poderi.

,, Egli si provvide in cassazione, e con arresto del giorno 7 aprile 1807 fu rigettato il di lui ricorso.

,, Atteso che secondo l'art. 644 (566 *Leg. civ.*) i proprietarj, i di cui fondi sono attraversati dalle acque non possono usarne, che con l'obbligo di renderle, all'uscire da'loro fondi, al loro corso ordinario; e che Bollet assorbiva le acque in modo che ne risultava un pregiudizio considerevole per le macchine inferiori.

,, Atteso d'altronde che l'art. 645 (567 *Leg. civ.*) dà ai giudici la facoltà di conciliare l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà; e che i giudici, che hanno reso l'arresto, non hanno fatto che usare di questa facoltà.

,, Il secondo arresto rigettò il ricorso prodotto contro un arresto della corte di appello di Parigi, che aveva giudicato che un tale signor Provence, le di cui proprietà sono attraversate da due ruscelli, che si versano in seguito in uno stagno del signor Berthelin, aveva potuto scavare de' canali e delle vasche, in cui egli riuniva le acque al loro passaggio, quantunque queste opere diminuissero considerevolmente la quantità di acqua che lo stagno del signor Berthelin riceveva, ed anche il minacciassero di più non averne affatto ne' tempi di siccità; ma Provence rendeva le acque al loro corso ordinario all'uscire da' fondi suoi; e la corte di cassazione considerò che l'art. 644 (566 *Leg. civ.*) lascia al proprietario, il di cui podere è attraversato da un'acqua corrente, il dritto di usarne, coll' obbligo solo di renderla al suo corso ordinario.

» Che l'art. 645 (567 *Leg. civ.*) lascia

ai tribunali la cura di conciliare l'interesse dell' agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà nel giudizio delle controversie tra i proprietarj, a' quali queste acque possono essere utili.

» Che nella specie l'acqua che attraversa il fondo di Provence, scorre, dopo ch' egli se n'è servito, nello stagno del signor Berthelin, secondo il suo corso ordinario; e che quindi l'arresto impugnato era testualmente conforme alle disposizioni de' citati articoli ec.

» Segue da ciò che simili controversie non offrono che quistioni di fatto, che i soli giudici possono valutare, e che le loro decisioni non possono aprir la strada alla cassazione. *Toullier Corso di dritto civile vol.* 3 *n.* 136.

» §. 10. Ogni proprietario può obbligare
» il suo vicino a stabilire i termini di confi-
» ne delle loro contigue proprietà. Lo sta-
» bilimento de' termini di confine si farà a
» spese comuni. *Art.* 568. *Leg. civ.*

Nel caso che insorga questione tra un proprietario, e l'altro su lo stabilimento dei termini quale determinazione sarà a prendersi? Il dritto romano dava la facoltà al giudice di dirimere la contesa o ritenendo i termini antichi o rimovendo questi, e fissando altri, e se veniva a trovare un avanzo di terreno lo aggiudicava ad uno dei proprietarj stessi con sborsarsene all' altro il valore.

» Haec actio pertinet ad praedia rustica quamvis aedificia interveniant. Neque enim multum interest arbores quis in confinio an aedificium ponat. Judici finium regundorum permittitur, ut ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat. Et si forte amovendae veteris obscuritatis gratia, per aliam regionem fines judex dirigere velit, potest hoc facere per adjudicationem, et condemnationem. *L.* 2 *D. finium regund.*

Casus. Judici. Praedium meum et tuum sunt contigua, sed in extremitatibus inter me et te est discordia in aliquibus locis, vel forte in tota extremitate: cum ego dicam plus ad me pertinere haec actio erit necessaria, sive termini erant in confinibus, sive non. Dividit judex limitem retinendo veteres terminos, vel removeat illos, et ponat alios; et de praedio unius alteri adjudicet; et illum cui adjudicet, condemnet in aliqua pecunia. *Vivianus.*

» Il consigliere di stato Regnaud di Saint-Jean d'Angelis ha osservato su questo articolo (dicono gli autori delle pandette francesi) che la terminazione de' campi, o stabilimento de' termini de' confini, e l'obbligazione di soffrirlo, non è una servitù; ed in conseguenza che questa disposizione sarebbe collocata meglio nel codice rurale.

» M. Treilhard ha risposto che l'obbligazione di soffrire questa terminazione è una servitù.

» Una tale proposizione non è perfettamente esatta. L'obbligazione di soffrire questo stabilimento e terminazione non è una servitù maggiore di quella di soffrire la divisione per la parte di più proprietarj indivisi. Niuna legislazione aveva ancora messa l'azione per istabilimento de' termini di confine nel numero delle servitù. Nel digesto si trova un titolo intiero su' termini de' confini, ed un altro contra coloro che li rimuovono; ma nè l'uno nè l'altro sono nel numero di quelli che trattano delle servitù.

» Niun autore francese ha collocato lo stabilimento de' termini di confini in questa classe. I giureconsulti stranieri non hanno seguito metodo differente.

» Checchè ne sia, il codice civile enuncia a questo riguardo un principio costante, e sul quale non vi è stato mai dubbio nè divisione. Si è sempre creduto che ogni proprietario abbia contro il suo vicino un azione per obbligarlo a stabilire i termini di confine delle loro rispettive proprietà, vale a dire di fissarne co' termini i confini e la estensione.

» Quest' azione neppur è soggetta ad alcuna prescrizione in questo senso, che ogni vicino è sempre ammesso a domandare lo stabilimento de' termini di confine de' poderi che sono vicini e senz' alcun termine distinguibile, quando ancora fossero scorsi secoli in questo stato, senza che niuno de' proprietarj avesse reclamato. Una tale azione rientra nella classe delle domande di divisione, che sono imprescrittibili, perchè un comproprietario non può essere obbligato a restare nella indivisione, ed è sempre in dritto d'uscirne;

» Fa d'uopo osservare che non si deve confondere l'azione per motivo di stabilimento de' termini di confine, coll'azione revindicatoria della parte del terreno che il vicino ha usurpata. Questa è sottoposta alla prescrizione ordinaria, e la domanda di terminazione o stabilimento de' termini di confine non farà cessare quest'usurpazione, se il possesso l'ha resa legittima, e le ha impresso il carattere di dritto. Procedendosi all'operazione dello stabilimento de' termini di confine, il vicino che ha prescritto la proprietà di una parte del terreno dell'altro, è autorizzato ad estendere i suoi termini sino a' confini degli oggetti acquistati colla prescrizione.

» Voi provocate contro di me la terminazione delle nostre proprietà limitrofe: coll'applicazione de' miei titoli al mio possesso si trova che questo si estende a' venti juggeri al di là di ciò che quelli portano: se il mio possesso è tale quale debb'essere per operare la prescrizione, questi venti juggeri debbono essere compresi dentro i termini del mio avere.

» Voi opporreste molto male a proposito che io voglio prescrivere contra il mio titolo, perchè vi è una gran differenza di prescrivere contra il suo titolo, e prescrivere al di là del suo titolo. Prescrivere contra il suo titolo è voler dare al possesso un effetto al quale il titolo resiste. Per esempio, se io fossi stato fittajuolo di questi venti juggeri, o usufruttuario, e che volessi profittare di questo possesso per attribuirmene la proprietà, voi direste con ragione che voglio prescrivere contra il mio titolo, perchè questo titolo contraddice l'effetto che voglio dare al possesso di cui esso è la base.

» Ma il titolo che prova la prima proprietà originaria sopra una certa quantità di juggeri, non è un ostacolo che io dopo abbia potuto acquistare venti juggeri di più; ed il possesso continuato pel tempo determinato dalla legge, fa supporre che questo titolo vi sia intervenuto.

,, La terminazione del mio fondo deve dunque comprendere questi venti juggeri nella estensione della mia proprietà, perchè la prescrizione è un titolo legittimo, o almeno lo fa presumere.

,, La domanda per motivo di terminazione di confine può essere formata da chiunque è in possesso legittimo, diverso però di quello di fittajuolo.

,, Quindi questa domanda può essere formata non solo dallo stesso proprietario, ma eziandio dall' usufruttuario e dall' enfiteuta.

,, Si può altresì formare contra le medesime persone, ma in questo caso sarà bene per parte di queste chiamare il proprietario, per evitare ogni specie di risponsabilità.

,, L'azione per motivo di terminazione di confine dovrà promuoversi giudizialmente?

,,Non si mette in dubbio; ma secondo il dritto comune, i proprietarj vicini possono a questo riguardo farsi giustizia da loro stessi e procedere di accordo a questa terminazione. Tutte le genti, (dice Beaumanoir col suo vecchio linguaggio) che domandano terminazione di confine, debbono averla, e ben lo possono le parti, se si accordano a mettere i termini senza giustizia, cioè senza agire giudizialmente.

» Bouteiller attesta la cosa medesima. Se (accadesse dice egli) che le parti fossero in accordo di mettere e stabilire i termini di confine fra di loro, far lo possono senza chiamare la legge, cioè senza ricorrere giudizialmente, nè chiamar altri fuori de' vicini.

» In questo caso l'operazione debb' esser fatta col vicino o co' vicini interessati, contraddittoriamente, e provata con un processo verbale davanti notaro, o con una scrittura privata. Quest' ultimo atto non v'è dubbio che sarebbe valido, ma sempre è meglio di fare il processo verbale davanti notaro con minuta.

» Ma non sarebbe permesso ad uno de' vicini di effettuar solo questa terminazione? Una si fatta operazione sarebbe nulla, nè produrrebbe alcun effetto contra gli altri.

» Ciò non ostante la facoltà di stabilire questa terminazione di concerto colle parti, e senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, non era universale in Francia; anzi veniva da più statuti proibita.

» Loisel di più ha collocata una tale proibizione nel numero delle sue regole di dritto.

» I termini di confine si mettono con autorità di giustizia.

» Simili disposizioni non eran tuttavia ch' eccezioni al dritto comune. La terminazione de' confini fatta privatamente era messa ed autorizzata nella maggior parte della Francia;

» Queste disposizioni proibitive dovranno tuttora essere osservate nell'antica giurisdizione degli statuti nella quale si trovano?

» Si dirà per l'affermativa che lo spirito del codice civile è di conservare, rispetto alle servitù, l'impero o l'autorità degli statuti, ed in conseguenza che perciò fa d'uopo conformarsi alle regole che alcuni di essi stabilisoono.

» Si risponderà che il codice civile è vero che mantiene gli statuti, quanto alla maniera di far uso delle servitù, perchè a questo riguardo, la disposizione de' luoghi, la differenza de' climi e delle loro produzioni, le abitudini degli abitanti, e i loro usi, tanto nel loro modo di fabbricare, quanto in quello di coltivare, non hanno permesso di stabilire una regola generale ed uniforme che sarebbe divenuta impraticabile in molti siti.

» Ma riguardo a' principj comuni che non dipendono da' luoghi nè dalle circostanze, lo spirito generale del codice civile è di far svanire tutte le variazioni, e di sostituire l' uniformità alla varietà delle discordanti disposizioni. Ora l' oggetto di cui qui si quistiona, è uno di que' punti su quali la situazione e le abitudini non possono avere alcuna necessaria influenza. Fa d'uopo dunque dire in conseguenza che i precetti particolari che non erano che eccezioni al dritto comune, si dileguano avanti la nuova legge; e fa d'uopo credere che si può da per tutto procedere amichevolmente alla terminazione delle terre anche dove gli statuti dispongono amichevolmente.

» La regola generale in materia di stabilimento de' termini di confine è, che due punti marcati su' confini delle possessioni, indichino che il confine si stende e si prolunga in linea retta tirata da un punto all'altro. In questo caso gli angoli de' termini si guardano, cioè sono l'uno in faccia all'altro. Quindi quando si tratta di marcare i confini di una possessione quadrata, si piantano ne' quattro punti quattro termini, i cui angoli si corrispondono.

» Quando questa semplicità non può porsi in opera per la irregolarità del terreno, e degli angoli che sporgono in fuori, o che rientrano, fa d'uopo moltiplicare i termini, con diverse maniere, che porterebbe troppo tempo a descriverle. Qualunque sia il metodo di cui si faccia uso, perchè ve ne sono molti che praticano le genti dell' arte, il migliore è sempre quello che indica più chiaramente la separazione senza lasciar materia all'incertezza ed all' equivocò.

» In tutti i casi la direzione degli angoli de' termini indicherà sempre quella de' confini separativi delle due possessioni.

» In qualunque modo siasi fatta la terminazione de' confini, subito che sono stati una volta collocati i termini, se insorge una disputa, questi debbono essere provvisoriamente mantenuti sino alla sentenza definitiva, senza che ad alcuno sia permesso di strapparli o confonderli. Per codesti termini quantunque provvisorj, si ha il medesimo rispetto come se fossero definitivi.

» In questo senso debbe intendersi la regola che la terminazione de' fondi può essere provvisoriamente eseguibile quanto al materiale.

» In fatti non lo è quanto alla misura o capacità marcata da questi termini. Per esempio, se il processo verbale dello stabilimento de' termini di confine, o la sentenza dell' omologazione, resa in prima istanza, togliesse dalla porzione di una delle parti, qualche quantità di terreno di cui questa fosse in possesso, colla proibizione di continuare a goderla, una tale disposizione sarebbe provvisoriamente eseguibile.

In oltre, se il modo con cui lo stabilimento de' termini di confine fosse stato effettuato si opponesse a questo godimento, come se fosse stato delineato da' fossi, non sarebbe provvisoriamente eseguibile quanto al materiale. Ma in questo caso non potendo le parti rendersi giustizia da se medesime col distruggere i fossi, dovranno dirigersi a' tribunali nelle forme ordinarie.

» Si capisce che se non è permesso di togliere o ancora scomporre questi termini che sono soltanto provvisorj, con più forte ragione si deve severamente proibire di rimuover quelli che sono definitivi.

» Il rigore, a questo riguardo, è stato per l'addietro tanto maggiore, quanto che si era più vicino a secoli di barbarie, nei quali le proprietà erano esposte a violenti intraprese.

» Il rispetto pe' termini che stabiliscono la estensione ed i confini delle possessioni, è comandato dalla stessa divinità. La legge degli Ebrei ne ha un precetto formale. *Non assumes nec transferres terminos proximi tui, quos fixerunt priores in possessione sua. Deuter. cap.* 19 *v.* 4.

» Dopo di aver osservato come si fa lo stabilimento de' termini di confine; e quali sono la natura di quest' azione e le pene da infliggersi a coloro che rimuovono o che sopprimono interamente le marche de' confini, bisogna conoscere ciò che sono i termini.

» Con questa voce s'intende qualunque marca sia naturale, sia artificiale o fatta da mano d'uomo, indicante la separazione delle due contigue possessioni, e destinata a prevenire qualunque usurpazione di un vicino sull' altra tanto per equivoco, che con intenzione.

» Questi termini sono di due specie mobili o stabili.

» I termini stabili sono le riviere, le colline, gli scogli, gli edifizj ed anche gli alberi.

» I termini mobili sono le pietre o altri segni suscettibili ad essere rimossi.

» Questa distinzione era adottata nel dritto romano. I romani spesso prendevano per termine uno scoglio che per la sua mole si opponeva a qualunque intrapresa. Questo ha fatto dire a Virgilio.

» *Saxum antiquum, ingens, campo quod forte jacebat;*

» *Limes agro positus, litem ut discerneret arvis;*

» *Vix, illud lecti, bis sex cervice subire.*

» Altre volte adottavano per termini stabili qualche albero che, secondo Ulpiano (*legge* 2. *D. Finium regund*) riempiva lo stesso oggetto d'un edifizio. Simili alberi erano da Giustiniano chiamati *arbores finales*.

» Allora si sceglievano alberi grandi, come pini, cipressi, frassini, olmi, o pioppi che s'incavano, o a' quali si facevano altre marche dalla parte del vicino, restando l'albero intatto dalla parte del proprietario. Da questo segno veniva il termine riconosciuto, e se codesti alberi erano marcati nel mezzo, era la prova ch'eran comuni fra' vicini.

» Questa specie di terminazione de' campi è molto usitata in Francia. Nulla è sì frequente quanto di vedere scogli presi per termini naturali, colla impressione di una croce indicativa della loro qualità. Lo stesso può dirsi degli alberi piantati o ne' campi, o nelle loro estremità o confini che parimente portano segni sulla loro corteccia. Quelli destinati nelle foreste a marcare i confini delle diverse proprietà, si chiamano alberi di sorbo.

» I termini mobili sono più comunemente le pietre collocate negli angoli delle possessioni. *Osservazione all' articolo* 646. *del cod. civ.*

Osserva inoltre Toullier, che si l'azione dello stabilimento de' limiti può intentarsi non solo dal proprietario; ma da chiunque altro ancora che possiede *pro suo* senza che il vicino possa richiedere la prova del di lui dritto di proprietà: il possesso lo fa presumere proprietario.

» Può l'azione intentarsi dall' usufruttuario il quale ha un dritto reale sulla cosa; ma allora è prudenza di mettere in causa il proprietario, affinchè si stabiliscano i confini in contraddizione con lui; senza che potesse questi domandare una nuova fissazione di limite nello spirar dell' usufrutto.

» Il signor Pardessus, trattato della servitù pag. 166 pensa contro l'avviso di Pothier, e degli scrittori anteriori al codice, che l'usufruttuario non può intentar l'azione dello stabilimento de' limiti, per la ragione che l'articolo 646 (564 leg. civ.) non gli dà questo dritto. » Ogni proprietario può obbligar il suo vicino a stabilire i termini di confine. » Ma questa espressione non è limitativa. Ogni proprietario, cioè a dire, tutti coloro i quali esercitano un dritto di proprietà come il possessore *pro suo*, l'usufruttuario che ha un dritto reale, l'enfiteuta, a differenza di coloro i quali non hanno altro che un titolo precario, come i conduttori. Noi dunque pensiamo che bisogna attenersi all' antica dottrina alla quale non ha punto derogato il codice.

» Il conduttore il quale ha il dritto d'in-

tentare l'azione di fissazione di limiti, può chiamare in giudizio il suo locatore, e domandare, che venga obbligato a far cessare il disturbo che prova nel suo godimento per parte del vicino, facendo stabilire i limiti del fondo ch'ei tiene in fitto.

,, L'azione di stabilimento de' confini non tende ad altro che a conservare a ciascheduna delle parti la integrità del suo podere. Adunque è questo un atto di amministrazione che si può fare dal tutore, senza consultare il consiglio di famiglia: salvo il prendere il parere di questo sugl'incidenti che facessero nascere una quistione di proprietà. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 3. *n.* 181 *e* 182.

La corte di cassazione di Parigi con decisione de' 20 frimale anno 14 consagrò la massima che può non ammettersi la domanda di stabilire i termini di confine quando i periti eletti a questo esame dicono essere i fondi abbastanza marcati, abbenchè alcuno poi di essi discorda nel verbale su la estenzione dei fondi medesimi.

» *Fatto*. I signori Petit e Iaillant procedevano a stabilire i termini di confine delle loro proprietà, in virtù di una sentenza che aveva ordinato di eseguirsi col mezzo di periti; quand'ecco Petit protestò contro la esecuzione di questa sentenza. Il suo perito dichiarò in un processo, che non voleva farne più altro, per causa della opposizione del signor Petit, ch'egli riguardava come sufficiente, quantunque verbalmente fatta.

,, Il perito del Jaillant, al contrario, è di parere di continuare le operazioni; rifiuta di firmare il processo verbale di sospensione.

,, Nuova sentenza che ordina che i due periti proseguano e procedano alle operazioni enunciate nella prima sentenza, unitamente o separatamente.

,, Quantunque, avendo egito separatamente, pensino tutti e due che i fondi in quistione fossero sufficientemente marcati ai confini, uno di loro aggiunge solamente ,, eccettuato nel taglio del bosco Hué che si avanza sul bosco Marguenat, in cui può esservi qualche dubbio ,,.

,, Il tribunale di Trojes, in conformità dei processi verbali, rigettò la domanda di stabilire i termini di confine, fatta da Jaillant.

,, La corte d'appello di Parigi confermò questa sentenza.

,, Malgrado la difficoltà di stabilire dei motivi di cassazione contro questa sentenza, Jaillant non ha temuto di denunciarla alla corte suprema.

,, Così indarno ha cercato di stabilire che non poteasegli negare la fissazione del richiesto termine di confine, atteso che, conformemente all'articolo 646 del codice civile, ogni proprietario ha diritto di obbligare il suo vicino a stabilire i termini di confine delle loro contigue proprietà. Ora in questo caso si stabiliva in fatto che le proprietà non erano marcate di confine. Questo fatto risulta dal processo verbale stesso, in cui uno de' periti afferma che una parte almeno lascia qualche dubbio sui confini, quindi appunto per togliere questo dubbio erasi domandato che si stabilissero i termini di confine, e doveasi perciò accordarli.

» Ciò che prova eziandio la necessità della domandata fissazione dei termini di confine, è la domanda stessa che ne fa Jaillant. Se i di lui fondi fossero già marcati, non vi sarebbe alcun interesse di agire; le spese stesse che seco porta la fissazione dei termini di confine, provano il suo interesse di non agire, se i di lui fondi fossero di già marcati di confine. Petit dal canto suo non può opporsi a questa domanda, perchè cerca di approfittare dello stato d'incertezza in cui si trovano le proprietà. La domanda dell'uno e la opposizione dell'altro stabiliscono dunque la necessità di porre i confini.

» D'altronde la sentenza ha violato apertamente l'articolo 13, tit. 21 dell'ordinanza del 1767 che dice, che se i periti sono contrarj ne'loro risultati, il giudice nominerà di ufficio un terzo perito, che sarà assistito dagli altri nella visita: e che se tutti i periti convengono, essi daranno un solo parere ed in una stessa relazione; altrimenti ciascuno di essi darà il suo parere.

» Or in questo caso non essendosi i due periti trovati di accordo, il tribunale dovea nominare un terzo perito per togliere il loro disparere, conformandosi nel resto alla surriferita disposizione. Questo procedimento imperiosamente prescritto non è stato seguito.

Si è dunque sotto questo rapporto eziandio violato il citato articolo dell'ordinanza.

» La corte.

» Sulle conclusioni del signor Giraud S. P. G.

» Atteso che l'eccesso di potere e la pretesa violazione dell'articolo 646 del codice civile, come pure dell'articolo 13, tit. 21 dell'ordinanza del 1667 riguardano soltanto de' fatti che sono giudicati e smentiti dalla sentenza di prima istanza, confermata per gli stessi motivi che hanno prodotta la denunciata sentenza.

» Atteso d'altronde che i giudici hanno deciso e potuto decidere che i giudizj dati dai due periti erano concordi nel merito, e che la religione dei tribunali era sufficientemente istruita.

» Rigetta il ricorso.

» §. 11. Ogni proprietario può chiudere » il suo fondo salva l'eccezione prescritta » nell'articolo 603. *Art.* 569 *Leg. civ.*

Gl'imperatori Diocleziano, e Massimiano consagrarono anche la massima, che il consenso del proprietario del fondo siccome è bastante a costituire nel fondo stesso la servitù così può impedirla chiudendo l'adito a chiunque lo pretenda.

» Per agrum quidem alienum qui servitutem non debet, ire vel agere vicino minime licet. Ut autem via publica nemo recte prohibetur. *L.* 11 *Cod. de servitut.*

Casus. Si per agrum vicini tui viae vel actus constituta sit servitus eam petere potes; alioquin per agrum suum ire vel agere eo invito tibi non licebit: sed via publica prohiberi non poterit. »

La eccezione di cui parla il nostro articolo è poi relativa a quella servitù di passaggio già costituita, e che solo può impedire la chiusura del fondo. Vedi il §. 45.

» §. 12. Nel caso che due o più fondi » abbiano la reciproca servitù del pascolo, » il proprietario che vuol chiudere il suo » fondo, perde il dritto di pascolo nell'al» trui fondo dopo la ricolta delle messi, in » proporzione del terreno che ha sottratto » all'uso comune. *Art.* 570 *Leg. civ.*

» Vale a dire » nota Delvincourt » che se per esempio egli ha chiuso la metà del suo territorio, non può mandare al pascolo che la metà del suo bestiame, e così in proporzione. Questo è molto giusto teoricamente; ma bisogna convenire che l'applicazione può seco trarre parecchie difficoltà. Del rimanente questa disposizione indica, com'è evidente, che il proprietario il quale si chiude, sottrae per questo solo il suo terreno al dritto del pascolo vicendevole. È certo che lo può, qualora questo dritto sia fondato unicamente sul possesso o sull'uso, e si può paragonarlo ad un atto di pura facoltà, che non può stabilire prescrizione; ma potrebb'egli farlo ancora se vi fosse titolo? Per due volte la cassazione decise negativamente, una volta il 14 fruttidoro anno 9 l'altra il 13 dicembre 1808 (Sirey 1809 1 parte pag. 72) fu però sotto l'impero della legge del 1791 il di cui articolo 11 sez. IV. parea favorir questa distinzione. Sarebbe lo stesso sotto le attuali leggi? Per la negativa si può dire che l'art. 647 (569 Leg. civ.) non altra eccezione sembra ammettere al dritto di chiudersi, che quella riportata dall'articolo 682 (art. 603 Leg. civ.) pel caso del fondo circondato da ogni parte da fondi alieni. Per altro una disposizione che desse ad una delle parti il dritto di sottrarsi all'adempimento di una convenzione stipulata da essa o dai suoi autori, è sì esorbitante nel dritto comune, che sembra difficile di ammetterla, ove non sia formalmente prescritta. È così conosciuta questa verità, che tutte le volte in cui il legislatore volle concedere ad una delle parti un dritto contrario alla sua convenzione, ebbe la cura di aggiungere queste parole: *non ostante ogni stipulazione contraria*, o altre simili. Io penso dunque, che quando vi è titolo, la facoltà di chiudersi debb'esser vietata.

» *Quid* nel caso seguente: un proprietario sottoposto alla servitù del pascolo, e 'l di cui fondo si trova frammezzo a due fondi soggetti anch'essi al medesimo dritto, vuol chiudersi. Debb'egli lasciar libero sul suo territorio il passaggio al bestiame che dal fondo superiore va all'inferiore o viceversa per pascolare? Non essendovi altra via di comunicazione, l'affermativa per me non sembrerebbe dubbia (art. 682) (603 leg. civ.). Ma una seconda questione è di sape-

re se gli sia o no dovuta indennità. Per la negativa può dirsi, che i proprietarj de' fondi superiori i quali si suppone esser passati da un' epoca immemorabile pel fondo attualmente chiuso, sembrano aver prescritta l'indennità, conforme all' art. 685 (606 leg. civ.). Ma si può rispondere, che trovandosi allora questo fondo stesso sottoposto alla servitù del pascolo, il bestiame lo percorreva non tanto per avervi il passaggio, quanto per pascolarvi. Il proprietario non aveva dunque azione alcuna per reclamare un' indennità; e quindi la prescrizione non poteva aver luogo contro di lui in virtù della regola: *contra non volentem agere, non currit praescriptio.* Potrà dunque reclamare un' indennità. Lasciando poi passare trent' anni da decorrere dal momento in cui si è chiuso, la sua azione sarà prescritta (art. 685 (606 Leg. civ.). *Delvincourt Corso di codice civile. Nota 44 al tit. 4. Vol.* 3.

Delle servitù stabilite dalla legge.

» §. 13. Le servitù stabilite dalla legge » hanno per oggetto la utilità pubblica, o » comunale, o dei privati. *Art.* 571 *Leg.civ.*

Abbiamo due atti legislativi per servitù che riguardano la utilità pubblica o regia. Il primo si contiene nella prammatica 2 *de monialibus*, di cui ne riportiamo il tenore.

Pram. 2 *de Monialibus.*

» Avendo noi inteso, non senza nostro gran dispiacere, le liti che in questo regno si sono agitate ad istanza de' monisteri di donne monache, tanto di quei che stanno dentro questa magnifica e fedelissima città come fuori per tutto il regno, sopra il chiudere delle finestre e sesine, che da particolari persone si fanno e sono fatte in case, ed altri edificj *circum circa* i monisteri predetti: dalle quali finestre e sesine si ha aspetto dentro detti monisteri, e ne nasce poco onore de' monisteri predetti, e gran pericolo dell'onestà loro: volendo sopra ciò *debite* provvedere, perchè il principal pensiero di chi governa, dee essere intento a mirare all' onestà, e *signanter* de'luoghi religiosi; ci è paruto per quello che conviene al servizio di nostro Signore Dio, ed al buon governo, fare la presente prammatica *omni tempori valitura*: » per la quale con voto e parere del regio collateral consiglio, appresso di noi assistente » stabiliamo, ed ordiniamo, che tutte le sesine e finestre le quali si ritrovassero fatte in altre case intorno a monisteri predetti, ancorchè ci fossero in mezzo strade ed altri luoghi, che dividessero le case ed altri edificii da' monisteri *quantumcumque* distanti, e che vertesse lite sopra il serrare o aprire di dette finestre e sesine, e che fossero le case predette di qualsivoglia persona e stato, grado, e condizione, si debbano fra il termine di un mese dopo la pubblicazione della presente prammatica, far serrare e farsi far di maniera che da essa non si possa in modo alcuno vedere nè poco, nè assai nella parte di dentro di detti monisteri. E gli astrichi, che sono e saranno colla servitù predetta di aspetto dentro detti monisteri, debbono farsi a tetto d' embrici, talmente che da essi non si ci possa affacciare, e vedere in alcun modo dentro di detti monisteri e da quà in avanti non si debbono fare dette finestre, sesine, ed astrichi, da'quali si possa in modo alcuno vedere dentro detti monisteri; nè *in futurum* fare delle aperture, finestre, o sesine *etiam* per virtù di privilegii, o altre concessioni, sotto pena a ciascuno, che contravverrà di ducati mille, ed altro a nostro arbitrio riserbata. Ordinando e comandando a tutti e singoli officiali e tribunali, maggiori, e minori che non ostante qualsivogliano liti mote, e movende, e non ostante qualsivoglia colore e causa, debbano tener pensiero dell'osservanza della presente prammatica e della esecuzione della sopraddetta pena di ducati mille e per poter dichiarare la predetta altra riserbata a nostro arbitrio, ce ne debbano tenere incontanente avvisati. Ed a tal che sia noto a tutti, e non si possa allegare ignoranza, abbiamo ordinato siccome ordiniamo in questa, che si pubblichi tanto in questa predetta città, quanto in ogni altra parte del regno. *Datum Neapoli die* 12 *novembris* 1573. *Ant. Card. de Granvela etc.*

Questa Prammatica stabilisce adunque una servitù, che ha per oggetto la utilità pubblica. Nondimeno sorse il dubbio, se colla pubblicazione delle nuove leggi ella fosse rimasta abo-

lita, e se oltre ai monasteri di monache possa applicarsi anche ai conservatorj. Con un giudicato della nostra gran corte civile di Napoli profferito a dì 19 luglio 1822 è sostenuta nel primo caso la negativa, nel secondo l'affermativa.

» *Fatto.* Il conservatorio di S. Maria di Costantinopoli con atti del 2 e 9 giugno 1820 citò nel tribunale civile di Napoli D. Nicola Giannuzzi, deducendo contro di lui che nel 1711 quel conservatorio aveva nunciato di nuova opera il signor D. Tommaso Solimena per alcune fabbriche che tentava di fare sopra il primo appartamento della sua casa salita S. Petito a motivo dell' introspetto, che le dette fabbriche cagionavano sul belvedere, giardino, e dormitorio del conservatorio: che nel febbrajo di quell' anno 1711 erasi impartito decreto di desistenza, ed in contrario la carcerazione de' fabbricatori ove si trovassero in atto di fabbricare, e contro di Solimena si era comminata la pena di ducati 150; che a tal decreto erasi opposto D. Tommaso Solimena, sostenendo che non egli, ma bensì D. Francesco Solimena di lui fratello era il possessore di quella casa, e quindi costui dovevasi convenire; che posteriormente entrambi li fratelli chiesto aveano l' accesso sopra luogo del reggente Gaeta; che in seguito di tale accesso i fratelli Solimena produssero istanza, nella quale enunciando il risultato delle sessioni allo stato in cui entrambe le parti eran convenute, si obbligarono di fabbricare la detta casa giusta il disegno. cioè di due soli piani da sopra la volta degli archi del frontespizio del palazzo con farvi il cornicione sopra de' lastrici e coprirli a tetto.

» Che su di tale istanza il reggente Gaeta nel maggio 1711 aveva profferito decreto ne' precisi termini: *visa praedicta comparitione, ac partibus auditis super faciem loci, stante accessu amicabiliter facto fuit provisum quod liceat, et licitum sit praedictis comparentibus complere et perficere aedificium inceptum juxta stadium vulgo* disegno *in actis per eosdem comparentes presentatum; verum solarium* (*vulgo* loggia) *conficiendum supra astracum cubiculi in angulo palatii sive* appartamenti *juxta tabernam regiorum studiorum fiat absque pectorata, sed solum cum corona* (*vulgo* cornicione) *quae non excedat palmum unum a planitia dicti astraci et in locum januae, ex qua aditus sive ingressus haberetur a cubiculo ad solarium praedictum fiat fenestra tantum; verum si praedicti comparentes elegerint solarium praedictum tegulis cooperire, eo modo et forma ut cooperitur alius latus praedicti* appartamenti, *ut delineatum apparet in praefato stadio* (*vulgo* disegno) *in actis praesentato, liceat, et licitum sit praedictis comparentibus illud eodem modo perficere; et pro observantia supra dicti decreti se obligent penes acta delegationis retroscripti comparentes insolidum, qua obligatione facta tollatur mandatum inhibitionis.*

» Che nello stesso anno 1711 i fratelli Solimena per esecuzione di detto decreto fecero la ordinata obbliganza presso degli atti.

» Che nel 1816 D. Nicola Giannuzzi addivenuto possessore di detto edificio, tentato aveva di elevare a terzo appartamento quello che per convenzione esser doveva basso suppegno appena con quattro finestrini luciferi.

» Che l' abbadessa e monache del Conservatorio avevano nunciato di nuova opera esso Giannuzzi innanzi al regio giudizio affin d' impedire le fabbriche che con celerità progredivano.

» Che a tale azione il signor Giannuzzi erasi opposto, allegando la incompetenza del regio giudice; e la carenza di azione a motivo, che il dritto di promuoverla appartenevasi a' governatori del conservatorio, e non già alle monache.

» Che il giudice regio dopo due accessi sopra luogo a 3 dicembre 1819 aveva emessa sentenza colla quale pria di far diritto su tutte le cose scambievolmente dedotte, anche in riguardo alla incompetenza, ordinò che le suddette abbadessa, e monache attrici fra sei giorni avesser dato cauzione a norma della legge ad oggetto d' indennizzare in ogni evento il signor Giannuzzi della promossa contestazione.

» Che la eccezione di Giannuzzi sulla pertinenza dell' azione, alla abbadessa e monache, ovvero a' governatori aveva dato motivo alla quistione, quale de' due patrocinatori dovesse

procedere, se quello costituito dal conservatorio, o l'altro costituito da' governatori e che fu poi risoluta dall'intendente della Provincia con nominarne un terzo per tali atti.

» Che in questo frattempo il signor Giannuzzi aveva atteso con celerità al compimento delle fabbriche avendole puranche fornite di corrispondenti pezzi d'opera. Che lo stato della quistione era totalmente invertito, dacchè essendo le fabbriche compiute, non vi era bisogno di proseguire il giudizio dell' impedimento alla fabbrica, ma bensì di doversene ordinare la demolizione. Si chiese quindi la demolizione delle fabbriche novellamente fatte, con ridursi le antiche alla configurazione loro dovuta giusta la succennata convenzione.

» Da parte di Giannuzzi con due atti si protestò di non riconoscere i fatti dedotti, nè le scritture invocate, quindi domandò 1 la esibizione degli originali, senza de' quali disse, che quelle copie non potevano meritar fede; si protestò pure di nullità dell'azione, perchè mancava l'autorizzazione del consiglio degli ospizj a norma delle leggi: 2.° perchè doveva precedere l'appuramento dei fatti: 3.° perchè non si poteva intraprendere il giudizio petitoriale senza esaurirsi prima il possessoriale introdotto innanzi al giudice del circondario: 4.° perchè intervenivano in causa le particolari oblate, che non avevan dritto d'intervenire.

» Precedentemente a tali difese da parte del Conservatorio per mezzo della cancelleria eransi comunicate le copie delle accennate antiche scritture.

» Il tribunale civile con sua sentenza contumaciale de' 26 gennaro 1821 prescrisse che fossero demolite le fabbriche aggiunte alla casa in quistione, con ridursi le stesse all' antica forma a termini dell' obbligo presso gli atti formato da' fratelli Solimena in data de' 6 maggio 1711 ed in esecuzione del decreto emesso del reggente Gaeta.

» Il signor Giannuzzi contro di tale sentenza produsse le opposizioni, deducendo 1.° che doveva prima esaurirsi il giudizio contestato presso del giudicato regio del circondario: 2.° che doveva prima compiersi la discettazione pendente presso del potere amministrativo, e del conciliatore Letizia. 3.° che dovevansi sentire i governatori del collegio. 4.° che mancava l'autorizzazione ai termini degli articoli 49 e 50 della legge organica degli ospizj, e 16 e 17 della legge organica del contenzioso amministrativo. 5.° che non poteva prestarsi fede a' titoli su cui fondava l'azione perchè copie. 6.° che le copie eran rimessive ad una pianta, la quale non si era comunicata, e che non avevano alcun carattere di autenticità. 7.° che Giannuzzi aveva comprato il fondo senza alcuna servitù, e vi aveva edificato perchè poteva farlo per fatto, e per legge, e perchè la prammatica 2. *de monialibus* aveva cessato di aver forza di legge all'apparire del codice civile. D'altronde la stessa prammatica non era da applicarsi al caso, perchè il collegio di Costantinopoli non era monistero claustrale, ed era nella distanza richiesta dall' edificio di Giannuzzi.

» Il tribunale civile con sua sentenza de' 30 agosto 1821 rigettò le opposizioni di Giannuzzi.

Di tale sentenza appellò Giannuzzi pe' motivi 1.° perchè la prammatica *de monialibus* aveva cessato di aver forza alla pubblicazione del cod. civ. 2.° perchè quando anche fosse in vigore non era applicabile, giacchè la casa di Giannuzzi non affacciava nel senso della prammatica stessa: 3.° perchè nè anco era applicabile giacchè le monache agivano per emulazione pretendendo ducati 340: 4.° perchè non costava legalmente della servitù costituita. Le copie esibite non dispensavano dal produrre gli originali, che si erano pur richiesti, non costando legalmente della di loro disperzione, e che l'obbligo il quale si diceva fatto da Solimena era rimessivo ad una pianta, che non aveva alcun carattere di autenticità: 5.° perchè dalla data di quell'obbligo eran decorsi cento anni; che Giannuzzi avea comprato in buona fede, credendo la casa libera da ogni servitù; che le monache lo avean fatto fabbricare in buona fede; che la giustizia non soffriva di demolirsi ciò ch' erasi senz' alcun interdetto eseguito; che nella specie non erasi proceduto colle forme solite d' inibizione; ch' erasi intentato estemporaneamente un giudizio possesso-

rio, e che questo abbandonato, erasi ricorso al petitorio.

» La gran corte civile a 2 gennajo 1822 profferì decisione in congedo.

» Contro di questa decisione il sig. Giannuzzi produsse opposizione. Ripetette con essa i motivi già dedotti, ed insistette maggiormente sul motivo di doversi esaurire il giudizio possessorio pendente, dovendosi riconoscere per via di periti, siccome aveva ordinato il regio giudice, lo stato dell' edificio all' epoca dell' intentata nunciazione.

» Domandò di vantaggio Giannuzzi di essere ammesso a provare per testimonj, che la fabbrica era compiuta quando le monache istituirono il giudizio di nunciazione, e che la sua casa non affacciava, nè guardava dentro del Conservatorio; ed in dette opposizioni il signor Giannuzzi rispose ancora all' appello incidente del Conservatorio.

» Il signor Giannuzzi con altro atto posteriormente ripetè le medesime cose, e deferì alle monache il giuramento decisorio sul fatto che esse eransi dichiarate di desistere dalla impresa, mercè il premio di ducati 300. Dichiarò di deferire lo stesso giuramento ai governatori sul medesimo articolo di fatto.

» Premessi questi fatti la gran corte civile ha proposto le seguenti questioni.

» 1. Il collegio di S. Maria di Costantinopoli è legittimamente autorizzato a stare in giudizio? 2. È fondata la dimanda dell' appellante signor Giannuzzi di deferirsi il giuramento alle religiose, ed agli amministratori intorno ad una pretesa convenzione? 3. Le copie estratte dal processo del 1711 possono meritar fede come l' originale, che manca? 4. Il giudicato de' 6 maggio 1711 da' dritto alla demolizione del terzo appartamento costrutto dal sig. Giannuzzi? 5. Nell' affermativa la perizia dimandata dallo stesso signor Giannuzzi può influire nella specie? 6. La dimanda del cennato signor Giannuzzi in linea d' indennizzazione è fondata? 7. È dovuta la multa? - 8. Le spese? - Sulla prima.

» Attesocchè quando nel dì 30 novembre 1819 le religiose del collegio di Costantinopoli denunziarono al regio giudice di essersi da D. Domenico Angiulli, e da' conjugi D. Nicola Giannuzzi, e D. Eleonora Angiulli cominciata la fabbrica del 3 appartamento sopra il secondo piano coverto a tetto del palazzo alla salita di S. Petito lor pervenuto da' signori Solimena, e ne chiesero la demolizione, il signor D. Nicola Giannuzzi avendo mostrato di essersi da lui solo comprata la casa, oppose, ch' essendo da più mesi già terminata la fabbrica, non vi era più luogo al giudizio nel possessorio, ed all' esame de' titoli esibiti dalle religiose per mostrare la servitù attiva *altius non tollendi*, che aveva il collegio su di quella casa, dovendo ciò farsi nel petitorio; ed oppose di più che le religiose non potevano stare in giudizio senza autorizzazione.

» Attesocchè per rimuovere quest' ultimo ostacolo le religiose, e gli amministratori ben presto chiesero l' autorizzazione. A tal' uopo il consiglio degli ospizj avendo verificata la giustizia della loro causa autorizzò a 20 gennajo 1820 l' amministrazione a stare in giudizio, a proseguire la lite incominciata, ed a fare ridurre *ad pristinum* l' innovato. Seguentemente il consiglio d' intendenza avendo ritrovato ben ragionato il parere del consiglio degli ospizj, fu di avviso di autorizzarsi il collegio ad intentare, e proseguire la sua azione ne' tribunali ordinarj; quindi è da ciò manifesto, che il collegio fu autorizzato non meno pel giudizio della nunciazione della nuova opera istituito dalle religiose, che per intentare ne' tribunali ordinarj il giudizio in petitorio, come il Giannuzzi aveva opposto, o sia per far demolire l' opera già fatta in forza del divieto della legge, e della servitù attiva *altius non tollendi* - Sulla 2.

» Attesocchè è ben inutile il giuramento decisorio, che vuolsi deferire alle religiose, ed agli amministratori del collegio, perchè non hanno essi facoltà di far convenzione, e di accettare compensi - Sulla 3.

» Attesocchè i titoli esibiti dal collegio per mostrare la servitù di non alzare sul secondo piano della casa del signor Giannuzzi coverta a tetto appajono estratti nel dì 14 novembre 1791 dagli originali sistenti nel processo della delegazione di esso collegio, ed hanno la soscrizione di D. Vincenzo Basile mastrodatti del S. R. C., e di Carlo

Portanova scrivano anche del S. R. C. e della delegazione; quindi come estratti da pubblici ufficiali, in allora per tali riconosciuti, meritano la garantia della pubblica autorità, e si han da avere per titoli autentici.

» Attesocchè non vale opporre, che mancano gli originali, da cui furono estratti, poichè tal mancanza è avvenuta per essersi a 13 aprile 1796 preso il processo a percontare dall' avvocato del signor marchese Solimena, da cui ha càusa il signor Giannuzzi, e dispersa nel saccheggio del 1799. Conseguentemente manca senza la menoma colpa, o causa del collegio.

» Attesocchè per detto uniforme degli scrittori delle cose del foro, chi produceva una copia autentica, non aveva obbligo di produrre pure l'originale, se questo non era presso di lui, ma di altri che doveva conservarlo. Quindi mancando l'originale per qualunque fortuito caso ben dice il Fabro nella definizione XVI. *de fide instrumentorum*, che sarebbe iniqua cosa di astringere colui, che ha prodotto la copia autentica, a produrre anche l'originale, che manca senza sua colpa, o dolo.

» Attesocchè a nulla giova dire, che le copie non possono valere, che come un principio di pruova scritta per non esser decorsi, giusto l'art. 1289 delle leg. civ. trent' anni richiesti per aversi per autentiche, poichè quantunque un solo anno manchi dagli anni 30 pure essendo state le copie estratte sotto l'impero delle vecchie leggi sono da per loro autentiche, senza bisogno di ricevere dal solo tempo tal caratteristica. Alla firma infatti dello scrivano, ch' era allora riputato il notaro degli atti giuridici concorre ancora la firma del mastrodatti, che aveva tutto il potere di legalizzarle, e renderle autentiche - Sulla 4.

» Attesocchè si ha da una istanza prodotta da D. Tommaso, e D. Francesco Solimena nel dì 6 maggio 1711 innanzi al reggente Gaeta delegato del collegio, che per far cessare l'inibizione lor fatta, e per effetto della prammatica 2 *de monialibus* dichiararono, che l'edificio, che il signor Francesco Solimena far voleva non era, che di un secondo piano sul primo costrutto sulla volta degli antichi, che intendeva fare un cornicione su' lastrici, e coprirli a tetto, e che in tal modo non si aveva introspetto nell' interno del collegio. Si soggiunge, che volea lasciare il lastrico della camera a pontone per loggia dell' ultimo appartamento dell' altro palazzo, che aveva l' ingresso alla strada sopra la taverna de' regj studj, con farvi anche la pettorata; e che non poteasi ciò impedire anche perchè la prammatica non aveva luogo ne' conservatorj, che non sono clausure.

» Attesocchè appare pure dal decreto interposto dal reggente Gaeta nello stesso dì 6 maggio 1711 dopo di essersi il tutto osservato sul luogo, che si permise a' signori Solimena di compiere il 2.° appartamento sul primo; ma si soggiunge: *verum solarium, vulgo* loggia *conficiendum supra astricum cubiculi in angulo palatii sive* appartamenti *juxta tabernam regiorum studiorium fiat absque pectorata, sed solum cum corona, vulgo* cornicione, *quae non excedat palmum unum a planitia dicti astraci, et in locum januae, ex qua aditus sive ingressus haberetur a cubiculo ad solarium praedictum fiat fenestra tantum.* In tal modo essendosi impedita la soggezione, che dal luogo recar si poteva al collegio, si soggiunge quest' altro: *verum si praedicti comparentes elegerint solarium praedictum tegolis cooperire eo modo, et forma, ut cooperitur alius latus praedicti* appartamenti, *ut delineatum apparet in praefato stadio vulgo* disegno, *in actis praesentato, liceat, et licitum sit praedictis comparentibus illud eodem modo perficere.* Si soggiunse finalmente: *et pro observantia supradicti decreti se obligent penes acta delegationis retroscripti comparentes insolidum, qua obligatione facta tollatur mandatum inibitionis.*

» Attesocchè i signori Solimena accettarono siffatto decreto, e si obbligarono presso gli atti della delegazione di eseguire, e di osservare quanto in esso si conteneva; e quindi a ragione il collegio di Costantinopoli reclama l' osservanza di tal giudicato dal signor Giannuzzi, ch' è succeduto a' signori Solimena, e che tutto l' innovato a ciò che fu convenuto, e deciso sia ridotto a tenore di tale obbligo allo stato in cui prima era.

» Attesocchè non vale il dire, che la convenzione e il giudicato sieno rimasti inutili, per essersi dalle novelle leggi abrogata la prammatica *de monialibus*, su cui, e l'uno, e l'altro aveano il loro appoggio; dapoichè non cade dubbio, che la prammatica sia una legge meramente politica, diretta come in essa si dice a serbare la pubblica decenza, e l'onestà de' luoghi religiosi. È ben noto, che pubblicato nel 1565 il concilio di Trento, ed essendosi dato principio alla riforma delle monache, obbligandole alla perpetua clausura, fu necessità segregarle dalle vedute mondane, e di tenerle pur lontane dall' altrui veduta. A tal' uopo si emanò nel 1573 la prammatica, con cui si vietò l' introspetto ne' monasteri delle religiose. Tale dunque essendo stata l' occasione, e la ragione di farsi tal legge è ben facile comprendere, che non sia stata abrogata, ma confermata dalle novelle leggi civili. Di fatti col decreto de' 21 maggio 1819 si dispose, che le prammatiche del Regno cessar dovessero di aver forza di legge, se ciò, che in esse si dispone formava oggetto delle leggi civili. In queste però nulla si dispone di quel che si prescrive colla prammatica. Quindi ciò solo mostra, che non sia stata abrogata. Ma vi è dippiù: negli articoli 571 e 572 delle leg. civ. si rapportano le servitù stabilite dalla legge, e si dice, che hanno per oggetto la utilità pubblica, o comunale, o de' privati, indi si soggiunge tutto ciò, che concerne questa specie di servitù (vale a dire quelle per la utilità pubblica, o comunale), viene determinato dalle leggi, o da' regolamenti particolari. Segue da ciò che la prammatica, che stabilisce una servitù per la pubblica utilità non sia stata abrogata, ma confermata dalle nuove leggi civili.

» Attesocchè su questo articolo è costante la giurisprudenza, come può osservarsi da varie decisioni dell' abolita corte di appello, e tra le altre da quella profferita a 4 dicembre del 1815 tra le Cappuccinelle a Pontecorvo, e il barone Ciampitelli.

» Attesocchè in vano si oppone, che la prammatica che vieta l' introspetto ne' monasteri di monache, mal si estenda a' Conservatorj, poichè le religiose del collegio di Costantinopoli, benchè non professino perpetua clausura, ma la professino a tempo; pure fino a che vi dimorano, vivono da vere religiose, vestono l' abito, uffiziano nel coro, ed adempiano a tutti gli uffizj religiosi.

» Conseguentemente la clausura è permanente benchè la professione di ciascheduna sia a tempo, e val per essa la regola, che come un sol cittadino rappresenti la Città, e fa, che questa duri, così una sola religiosa, che sia nel collegio fa permanente, e durevole la clausura.

» Attesocchè tuttociò è garentito anche da un giudicato, che si è cennato del dì 6 maggio 1711 con cui non fecesi valere tale objezione fatta da' signori Solimena, e convinti i medesimi accettarono la decisione, ed in tal modo rimase assicurato, che il divieto della prammatica per lo introspetto aveva luogo anche per quel collegio di religiose - Sulla 5.

» Attesocchè per le cose dette è anche inutile la perizia, che si cerca per far conoscere di non essersi contravvenuto colle nuove fabbriche a ciò, che si dispone colla prammatica; perchè vi è la convenzione, il giudicato, e l' obbligo de' signori Solimena, cui il signor Giannuzzi è succeduto, di non potere eccedere i limiti, che furono in quelli prescritti - Sulla 6.

» Attesocchè il signor Giannuzzi dopocchè nel 1816 comprò da' signori Solimena la casa, ne intraprese la ristaurazione; ma nel modo stesso, come era prima dell' incendio sofferto nel 1799, e coprì a tetto, come prima il 2.° appartamento; che ciò mostra di avere conosciuto, che per la convenzione, pel giudicato, e l' obbligo cennati, in nulla poteva eccedere i limiti, con cui si era posseduta da' signori Solimena, e da' medesimi a lui venduta. Quindi non doveva nel 1819 togliere dal 2.° piano il tetto, che aveva costrutto, e dar principio al terzo appartamento, e tanto meno dovea terminarlo dopo il giudizio della nunziazione della nuova opera istituito dalle religiose.

» Attesocchè neanche regge, che le fabbriche eran già terminate, quando le religiose nunziarono di esser cominciate, poichè

se fosse stato vero ciò, che asserisce il sig. Giannuzzi, non avrebbe certamente trascurato di farlo osservare dal regio giudice, e da' periti, che andarono sul luogo, e di farne redigere anche un verbale - Sulla 7.

» Attesocchè le nuove fabbriche si son fatte dal sig. Giannuzzi in contravvenzione dell' obbligo presso gli atti formato nel 1711 dai signori Solimena; e siccome non si contiene in questa pena pecuniaria, così non è giusto, che sia il signor Giannuzzi gravato dalla multa di ducati 1000 chiesta dal pub. minist. La contravvenzione in fatti non è alla prammatica che la cominava, ma si bene alla convenzioue resa esecutoria da un giudicato, ove non fu stabilita - Sull' 8.

» Veduto l'articolo 222 delle leg. di procedura civile.

» Per tali motivi - La gran corte civile ammette opponente D. Nicola Giannuzzi alla decisione contumaciale del dì 2 gennajo del corrente anno 1822, e giudicando tanto sulle opposizioni, che sull' appello interposto dallo stesso signor Giannuzzi contro le sentenze del tribunale civile di Napoli del di 26 gennaro, e 30 luglio del 1821, senza arrestarsi al deferito giuramento decisorio, che riguarda l'appello incidente esaurito colla precedente decisione contumaciale, ed alla requisitoria del pub. minist. in quanto alla multa, che dichiara non dovuta, rigetta le opposizioni, e l' appello; ed ordina, che le mentovate decisioni, e sentenze si eseguano. Benvero aggiugnendo, nomina di officio l' architetto D. Michelangelo Schioppa sotto la direzione del quale, ordina che abbia luogo la esecuzione delle sentenze medesime: condanna il signor Giannuzzi alle spese, anche in opposizioue ec. ec.

Questa decisione fu impugnata da Giannuzzi con ricorso per annullamento presso la suprema corte di giustizia; ma egli poi ne ha rinunziata la discussione.

Dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 29 settembre 1825 si rispettò il precetto che il regio giudice diviene incompetente a procedere oltre la inibizione, dopo istituita la semplice enunciazione di nuova opera.]

» *Fatto*. Il monastero di S. Maria del Gesù nel 1 dicembre 1824 espose al regio giudice del circondario, che D. Giuseppe Carmelo Pessolano avea ardito di togliere nella sua casa un tetto a penne, e stava costruendo due camere sul lastrico solare con lumi affacciatori nella strada Orticello, che inducevano la servitù di prospetto, ed introspetto nel belvedere del monastero, come pure aveva costruita una loggia nell' interno del lastrico, che dava la medesima servitù: e poichè tutto ciò era in contravvenzione delle leggi, domandò gli ordini ai fabbricatori di desistere, per darsi poi le provvidenze di giustizia, coll' intervento del regio giudice, e de' periti.

» Il regio giudice chiamò le parti innanzi a se per lo giorno 4 dicembre 1824; ed intanto fece l'ordine a' fabbricatori di desistere.

» Presentatesi le parti innanzi al regio giudice, ed essendosi il signor Pessolano protestato per li danni dell' impedimento, poichè esso non intendeva di far cosa contra le leggi; quel regio giudice commise a tre architetti di accedere col suo intervento sul luogo nel giorno 10 dicembre, ed osservare, e dare il loro parere, se le nuove fabbriche, che il signor Pessolano avea incominciate inducevano, o potevano indurre servitù, pregiudizio, o soggezione al monastero ed alle religiose in esso esistenti.

» L' accesso seguì. Le parti fecero i loro rilievi. I periti dopo di aver fatte le necessarie osservazioni da dentro il monastero, e nella casa del signor Pessolano, dissero di non poter dare nel momento il lor parere, e fu destinato il giorno 17 nella casa del regio giudice.

» In quella giornata si presentarono nella casa del giudice le parti, ed i periti. Il signor Pessolano disse, che il rapporto de' periti non si dovea fare a voce, o redigersi in un verbale, ma dovea essere scritto iu carta separata, depositarsi in cancelleria, ed intimarsi: e ciò detto, andò via.

» Il regio giudice considerando, che la perizia era seguita col suo intervento, e che a norma dell' articolo 145 delle leggi di procedura se ne dovea redigere il verbale, dispose inserirsi nel verbale il rapporto de' periti.

» Dopo di ciò il signor Pessolano doman-

dò, che il regio giudice avesse ordinato una pianta.

» La conchiusione del rapporto de' periti, o sia il lor parere fu di doversi covrire a tetto tutt' i lastrici della casa: e che i vani de'balconi di nuovo aperti verso la strada al numero di due nel 3.° piano, e gli altri due vani, uno di balcone, e l' altro di finestra nell'aspetto del cortile in distanza di palmi 67 misurati dal muro di strada, questi quattro vani siccome guardano li finestroni del loggiato del monastero, ed il belvedere del campanile avanti di essi vi si pongano le lamine di ferro fisse di altezza non meno di palmi 7 ed un palmo di più in ogni lato della ringhiera.

» Il monastero pretese un' altezza maggiore. Il regio giudice nella sua sentenza elevò le seguenti quistioni e nelle sue considerazioni descrisse il parere de' periti nella maniera, che siegue.

» Per fatto: vi è la riportata contestazione di nunciazione di nuova opera? In dritto si devono aggiudicare le domande dell' attrice? Vi è luogo a deliberare su quella del convenuto per la pianta? »

» Considerando, che dal rapporto de' periti rilevasi, che le nuove fabbriche del signor Pessolano sono state costruite rimpetto al loggiato del monastero nel corso dell'anno, talchè non sono ancora complete: che dallo stesso rapporto si scorge, siccome anche si è da noi ocularmente osservato sul luogo, che le aperture de' lumi, e finestre in dette fabbriche fattesi, ed i loro lastrici solari scovertisi recano turbativa di possesso, e servitù di aspetto alle signore religiose, perchè i due balconi verso la strada guardano ne' due finestroni del loggiato medesimo, o sia belvedere alla distanza di palmi 42 1/2 che formano la larghezza della strada, che v' intercede, non ostante, che il piano de' balconi soggiaccia a quello del loggiato palmi 22 1/2. Che dal balcone, e finestra verso il cortile della casa di Pessolano, e della finestra a lume ingrediente dopo la distanza di palmi 67 trascorso il muro di strada, si guarda parimenti il belvedere del monastero in un finestrone lungo palmi 11 e nei finestrini del campanile; e finalmente che da' lastrici a cielo si guardano non solo i finestroni del detto loggiato alla strada, ma benanche le religiose passeggiando nell'intero loro loggiato, e che il belvedere del campanile si guarda da tutt'i vani della stessa casa di Pessolano ».

» Considerando, che le distanze de'lumi, ed aperture suddette del monastero non debbonsi regolare colle disposizioni delle leggi civili vigenti, ma con quelle della prammatica 2 *de monialibus*, la quale per la qualità di queste persone forma una eccezione alle dette leggi civili confermata dal real decreto de' 21 maggio 1819 posto in fronte alle dette leggi, perchè queste su di tal materia nulla dispongono. »

» Che la prammatica prescrisse di serrarsi tutte le finestre, e sesine fatte prima di essa nelle case intorno ai monasteri di donne monache, ancorchè vi fossero strade ed altri luoghi per mezzo, quantunque distanti, e ridursi queste, e farsi d'allora in avanti quelle, che occorressero in maniera, che da esse non si potesse in alcun modo vedere nè poco, nè assai nella parte di dentro alli monasteri, ed i lastrici colle servitù di aspetto dentro a' monasteri medesimi farsi tutto d' imbraci.

» Che perciò è regolare il parere de' periti di covrirsi a tetto tutti i lastrici del signor Pessolano. Ma non così riguardo alle chiusure de'lumi, perchè facendosi queste nel modo da essi periti progettato, non si ottiene il fine della riportata prammatica. »

» Considerando in fine, che la dimanda di Pessolano per la elevazione della pianta è intempestiva, oziosa, e non intimata alla contro parte. »

» Per queste considerazioni il regio giudice pronunziando diffinitivamente in linea possessoriale, e salvo l' appello devolutivo, dichiarò, che le coverture delle nuove fabbriche costruite in gran parte da Pessolano inducevano alle monache di S. Maria del Gesù turbativa di possesso, e servitù di aspetto, ed omologando il parere de' periti con rettificazione, condannò il signor Pessolano a covrire a tetto tutti i lastrici della casa medesima tra un mese e ad apporre nei 4 vani de' lumi nel 3 piano le lamine di ferro di altezza palmi 7 dalla estremità superiore delle ringhiere de' balconi, e dalla pettorata della fi-

nestra in sopra, e della larghezza ognuna palmo uno di più in ogni lato di ciascuna ringhiera: e ciò tra 15 giorni. Dichiarò in fine di non esservi luogo a deliberare sulla dimanda di farsi la pianta. »

» Il signor Pessolano produsse appello contro di amendue le sentenze del regio giudice interlocutoria, e diffinitiva per li seguenti motivi.

» 1. Per la incompetenza del regio giudice sulla natura dell' azione.

» 2. Per le nullità di ordine avvenute nella elezione de' periti, e nella esecuzione della perizia.

» 3. Perchè avendo le parti concordato per la covertura del lastrico a fronte di strada, il solo termine per lo compimento dovea prolungarsi.

» 4. Perchè le servitù di prospetto non appartenendo al monastero per dritto, era incompatibile per fatto.

» In queso stato di cose il monastero dedusse, che il signor Pessolano seguitava a togliere il tetto, ed in continuazione de' balconi controversi ne voleva aprire tre altri, i quali inducevano delle servitù al monastero.

» Conferitesi di nuovo le parti innanzi al regio giudice, sostenne il signor Pessolano, che le fabbriche perfezionate non incontravano il divieto delle leggi in vigore, mentre i balconi, e finestre erano sottoposte alla loggiata, e gelosia del monastero, e soggiunse di doversi astenere il regio giudice di procedere, perchè la causa in merito pendeva nel tribunale in grado di appello.

» Il regio giudice ai 26 febbrajo 1825 dichiarò la sua competenza e dispose la visita locale con tre periti.

» Contro di questa sentenza produsse un secondo appello il signor Pessolano replicando ad un dipresso le cose stesse dette nel primo.

» Il monastero non mancò di produrre gli appelli incidenti, co' quali dimandò di doversi ordinare di ridursi a lumi ingredienti li balconi, e finestre, e non già munirsi di lamine, e si gravò pure della nuova perizia disposta dal regio giudice, poichè dovea egli ordinare la covertura a' tetti, e la chiusura perfetta de' vani.

» Diversi atti seguirono tra le parti contendenti, tra' quali il signor Pessolano comunicò un istromento del 1812 pel fitto fatto dal banco delle due sicilie del secondo appartamento di quella casa al signor Girolamo Taglialatela con due stanzini sul lastrico, loggetta, e suppenni; ed alla comunicazione di questo documento non mancò di rispondere il monastero invocando la prammatica *de monialibus*.

» Portata in questo stato la causa all' udienza del tribunale il pub. minist. conchiuse di prescriversi, che si fossero demolite le nuove opere del Pessolano in quanto eccedevano l' antico stato della casa, al quale in tutto avesse dovuto ridursi.

» Il tribunale con sentenza de' 4 luglio corrente anno 1825 senz' arrestarsi ai motivi d' incompetenza dedotti dal signor Pessolano, che rigettò, annullò gli appelli, e ciò di cui era appello, e con novella sentenza pronunziando in ultima istanza, facendo quello, che avrebbe dovuto fare il regio giudice, condannò il signor Pessolano a demolire le nuove opere da lui costruite in quanto eccedono l' antico stato della casa, e lo condannò a ridurre il tutto a sue spese nello stato primiero fra un mese; e non eseguendosi autorizzò il monastero a farlo eseguire sotto la direzione dell' architetto D. Michelangelo Schioppa.

» Questa sentenza fu basata sulle seguenti considerazioni.

» Che la contestazione si versa nello stato di una turbativa di possesso da D. Giuseppe Pessolano occasionata al monastero di S. Maria del Gesù colle nuove fabbriche cominciate a costruire, dietro la demolizione del tetto, che covriva il suo antico edificio, e da cui niuno incomodo recavasi al controposto monastero, come i periti adoperati dal regio giudice assicurano, facendo conoscere, che que' suppenni erano incapaci di essere abitati, e non servendo i lumi, che vi esistevano, che per la sola ventilazione attesa la loro bassa altezza, nè da essi potevasi guardare nel loggiato del monastero, poichè le visuali, venivano impedite dal projetto de' modiglioni, che reggono i cavalloni del tetto verso la strada. »

» Osservò inoltre il tribunale, che la se-

conda innovazione intentata da D. Giuseppe Pessolano in continuando la demolizione del tetto, per costruire una terza contigua contignazione abituale, non solo assicurava la turbativa entro l'anno, ma ben anche mentre pendeva ancora la prima inibizione, la quale sicuramente estender si dovea ad ogni tentativo di nuova opera, che si cercasse da lui fare.»

» Finalmente osservò, che non altrimenti tali innovazioni debbono togliersi, se non col ridurre il tutto nello stato primiero, giusta i dettami dell'antico dritto sul quale è modellato il nuovo in vigore, essendo apertamente in quello disposto, che colui, il quale costituir volesse fabbriche, che offendessero i lumi del vicino, o che qualunque altra cosa facesse *contra commodum eorum sciet se formam, ac statum antiquorum aedificiorum custodire debere L.* 11 *de servit. praedior. urban. in princ.*

» I mezzi del ricorso, pe' quali il signor Pessolano chiede l'annullamento della sentenza del tribunale, alcuni riguardano la incompetenza del giudice regio, altri l'ordine, ed altri finalmente il merito.

» La somma de' mezzi relativi alla incompetenza si è, che questa abbia luogo per la natura del giudizio non solo, ma ancora per lo modo come fu dedotta l'azione, tanto se si consideri il giudizio in linea di nunciazione di nuova opera, quanto se si consideri in linea possessoriale, per cui nel primo caso sono violati l'articolo 22 §. 4 della legge organica, l'articolo 103 §. 4 delle leg. di procedura, ed il titolo delle leggi civili sulla materia delle servitù.

» In quanto all'ordine, si dice, che avendo il tribunale annullate le tre sentenze del regio giudice abbia con esse annullati tutti gli atti, che l'avevano accompagnate; e quindi anche la perizia. Che perciò se si riguardi la non esistenza della petizione, avendo il tribunale pronunziato senza elementi di pruova, ha pronunziato arbitrariamente, ed abusivamente, per cui è incorso nel prescritto dell'articolo 234 delle leggi penali; o si riguardi come ritenuta la perizia, si son violati in questo caso gli articoli 537 e 596 delle leggi di procedura non che gli articoli 347; 348; 409; 411; 413 415 e 416 delle stesse leggi. Finalmente coll'aver preferito il tribunale la perizia a' fatti articolati, e giustificati con una pubblica scrittura, ha violati gli articoli 347 e 417 delle medesime leggi.

» In quanto poi al merito si dice, che se per conoscersi il dritto di colui, che denuncia la nuova opera, o di colui, che agisce in linea possessoriale, deve costare del possesso, non che del titolo; ne siegue, che non costando del possesso, perchè gli era contradetto, nè del dritto, che le monache desumevano dalla prammatica 2. *de monialibus*, la sentenza denunciata fu pronunziata, senza che fosse costato degli estremi suddetti, e che non essendo applicabile la prammatica cennata, non potea aver luogo nè il giudizio di nunciazione di nuova opera, come fu introdotto, nè il giudizio di turbativa, come piacque al tribunale d'invertirlo: per cui colle leggi di sopra additate, si è violata ancora la prammatica 2. *de monialibus.*

» Udito il rapporto presenti gli avvocati D. Michele Roberti pel ricorrente, e D. Luigi Suarez Coronel pel convenuto; ed inteso il pubblico ministero, che ha conchiuso all'annullamento della sentenza impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero.

» Vista la sentenza: Visto il ricorso.

» Visto l'art. 103 delle leg. di proc. e la *L.* 1 §. 1 *ff. de nov. operis nunciat.*

» Considerando, che nella specie il monastero di S. Maria del Gesù espose al regio giudice, che D. Giuseppe Pessolano avendo tolto il tetto della propria casa, vi stava costrnendo due camere coi lumi, che inducevano servitù di prospetto, ed introspetto nel belvedere di esso monastero; ed avea costruita una loggia, che dava le medesime servitù: e poichè tutto ciò, che lo stesso avea costruito, e stava costruendo era in contravvenzione delle leggi, perciò domandò, che i fabbricatori avessero desistito, per indi darsi le provvidenze di giustizia.

» Considerando, che dopo aver proceduto il regio giudice sino alla sentenza diffinitiva, il signor Pessolano produsse appello, nel quale in primo luogo allegò la incompetenza del detto giudice sulla natura dell'azio-

ne: ma il tribunale, senza aver spiegata alcuna ragione pel rigetto di tale domanda, la rigettò senz'arrestarsi ai motivi di essa.

» Considerando, che sebbene la legge nell'art. 103 di procedura attribuisse al regio giudice, senza alcuna distinzione tutte le azioni possessorie, e tra esse numerò la nunciazione di nuova opera a solo oggetto d'impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa; nondimeno nella nunciazione in quistione il procedimento del regio giudice si restringeva, e dovea arrestarsi alla sola inibizione; poichè a' termini dell'azione istituita dallo stesso monastero, trattavasi di opere fatte, per le quali giusta le antiche leggi avea luogo l'editto; e di opere ch'erano in costruzione, per le quali poteva aver luogo l'interdetto. *L.* 1 §. 1 *ff. de novi operis nunciatione.*

» Considerando, che molto più era incompetente il giudice regio ad estendere le sue procedure oltre la inibizione; in quanto che il monastero avea introdotta una nuda nunciazione di nuova opera, e non già un'azione possessoriale, nel quale solo caso avrebbe potuto il giudice verificare gli estremi del possesso del monastero almeno di un anno, e della turbativa dentro dell'anno.

» Considerando, ch'era ancora incompetente il giudice a dare l'incarico ai periti di verificare, se le nuove fabbriche inducevano, o potevano indurre servitù, pregiudizio, o soggezione al monastero. Più incompetente ancora nel dichiarare diffinitivamente, che le fabbriche in quistione producevano servitù di aspetto. È molto più altresì incompetente, allorchè fuori de' termini della contestazione, e della sua giurisdizione, ordinò di covrirsi la casa con tetto, e di munirsi i vani di lamina di ferro; dichiarazioni, e disposizioni, che potevano aver luogo in un giudizio petitoriale; laddove la competenza del regio giudice è limitata a vedere non il dritto, ma il concorso del legittimo possesso, ed il tempo dellla intentata azione.

» Considerando, che in conseguenza di tutto ciò malamente il tribunale civile colla denunciata sentenza non si arrestò ai motivi d'incompetenza, che rigettò, per cui la sentenza medesima merita di essere annullata facendosi dritto al mezzo del ricorso del signor Pessolano a ciò relativo.

» Per siffatti motivi la corte suprema annulla la impugnata sentenza: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera dello stesso tribunale civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito. »

Il secondo atto legislativo è compreso nel decreto de' 18 novembre 1823.

» È proibito di fabbricare o fare innovazioni ne' fondi e luoghi privati in tutta quella distanza d'onde possa esservi introspetto ne' palazzi, casini ed edifizj di regio uso. I proprietarj degli enunciati fondi, i quali volessero fare tali innovazioni, dovranno ottenerne prima il nostro real permesso per via della real segreteria e ministero di stato di casa reale e degli ordini cavallereschi ».

» §. 14. Le servitù stabilite per la utilità
» pubblica o comunale riguardano i *marcia-*
» *piedi* lungo i fiumi navigabili o adatti a'
» trasporti; la costruzione o riparazione del-
» le strade, o altre opere pubbliche o co-
» munali.

» Tutto ciò che concerne questa specie di
» servitù viene determinato da leggi o da
» regolamenti particolari. *Art.* 572 *Leg. civ.*

Pardessus definisce *marciapiede* quello spazio che un proprietario vicino ad una riviera navigabile o adatta ai trasporti è tenuto lasciare sulla sponda, sia per deporre gli oggetti che debbono esserne trasportati su l'acqua, sia per facilitare l'operazione dell'alaggio de' battelli, che consistono in tirarli con uomini o cavalli, per ajutargli a rimontare dalla corrente, o per accelerare la discesa. *Pardessus. Trattato delle servitù. N.*

In riguardo alle leggi particolari abbiamo, che con decreto de' 27 giugno 1820 venne approvato un regolamento per la classificazione e dimensione delle strade del regno, di cui eccone le disposizioni.

» 1. Tutte le strade del regno, siano regie, sieno provinciali, sono distribuite in quattro classi.

» 2. Sono considerate come strade di prima classe quelle che mettono in comunizione la capitale di questi reali dominii colle prin-

cipali città de' paesi stranieri, e co' reali dominii al di là del Faro.

» 3. Appartengono alla seconda classe quelle per mezzo delle quali dalla città di Napoli e di Palermo si comunica ai capoluoghi delle provincie o delle valli, e co' porti di Manfredonia, e di Castellamare di Stabia.

» 4. Costituiscono la terza classe le strade che mettono comunicazione tra' capoluoghi delle provincie o valli, o che partendo da' grandi comuni delle provincie o valli, menano ad alcune delle strade di prima classe.

» 5. La quarta classe finalmente contiene tutte le altre strade che non appartengono ad alcuna delle classi precedenti.

» 6. Le strade di prima classe avranno cinquanta palmi di larghezza totale, non comprese le fossate, di cui ciascuna sarà larga quattro palmi. La suddetta larghezza sarà distribuita tra marciapiedi o passeggiatoi, ciascuno de' quali ne avrà quindici palmi, e la pietrata o capostrada che ne avrà venti.

» 7. Le strade di seconda classe avranno quaranta palmi di larghezza totale, non comprese le fossate che avranno le dimenzioni stesse della classe precedente. La larghezza suddetta sarà distribuita tra marciapiedi ciascuno de' quali avrà la larghezza di palmi undeci, ed il capostrada che ne avrà diciotto.

» 8. Per le strade della terza classe la larghezza totale sarà di palmi trentasei, non comprese quelle de' fossi, ciascuno de' quali avrà tre palmi, ciascuno dei passeggiatoi sarà largo dieci palmi, ed il capostrada sedici.

» 9. Tutte le altre strade che non potranno appartenere ad alcuna delle precedenti classi, avranno ciascuno de' fossi laterali della larghezza di palmi tre, ciascuno de' passeggiatoj di palmi sei, ed il capostrada di palmi quattordeci.

» 10. Le dimensioni prescritte negli articoli precedenti saranno osservate inalterabilmente nella costruzione delle strade del regno, in rapporto alla classe cui apparterranno.

» Sono eccettuate le strade che attraversano i luoghi montuosi, per i quali la larghezza totale potrà essere ridotta a palmi ventiquattro compresa la spessezza del parapetto di palmi due, ricoprendo però i rimanenti palmi ventidue interamente di brecciajo, e regolando gli scoli laterali giudiziosamente.

» Sono eccettuati egualmente nella costruzione delle nuove strade tutti quei tratti che mai s' incontrassero o di antiche strade, o pure limitati dalle mura de' contigui poderi, pe' quali non potrebbero essere conservate le dimensioni sopra stabilite senza una spesa troppo forte. In questo caso le strade, per que' tratti solamente, avranno la larghezza non minore di palmi ventidue, messa per intiero ad ossatura o brecciajo, e gli scoli saranno praticati a traverso de' muri de' contigui poderi ec. ec. »

È utile benanche conoscere l' articolo 6 del reale rescritto de' 5 febbrajo 1820 comunicato alla direzione generale de' ponti e strade dal ministro degli affari interni.

» Ha finalmente Sua Maestà ordinato che ai termini dell' articolo 1 del real decreto de' 25 settembre 1818 cominci dal corrente anno ad essere a carico della direzione generale de' ponti e strade su i fondi della tesoreria generale ammessi a tal effetto sullo stato discusso della direzione generale la manutenzione delle strade provinciali costruite finora a spese delle rispettive provincie.

» Ha sanzionato a tale oggetto ne' cinque seguenti articoli i principii da seguirsi per la consegna delle dette strade, che dee aver luogo immediatamente dovunque si verifichino tali principii. Ella quindi si metterà di accordo cogl' intendenti rispettivi su quest' oggetto, e mi proporrà l' occorrente per le corrispondenti risoluzioni.

» 1. Le strade costruite a spese delle provincie si riguarderanno come perfezionate e quindi atte ad essere conseguate per la manutenzione alla direzione generale de' ponti e strade, quando la intera strada proposta ed approvata o una porzione di essa, che da un capo-luogo di provincia o di distretto abbia aperta la comunicazione con altra strada regia o provinciale, sia stata eseguita conformemente al progetto compilato dalla direzione generale di ponti e strade ed approvato dal ministro degli affari interni. Così per esempio sarà consegnata la strada de' due principati per principato ultra appena che sarà perfezionato il tratto da Avellino al confine

della provincia; quella di Sora appena compiuto il tratto che passa per Teano; quella di Bari a Gioja non ostante che non sia finita la intera strada da Bari a Taranto, e così delle altre.

» 2. In conseguenza tutti gli spezzoni di strada, che non riuniscono le circostanze indicate nel numero precedente, costruiti per togliere de' cattivi passaggi nelle strade traverse non verranno presi in consegna dalla direzione generale, ma rimarranno a carico delle provincie, che li avran costruiti fino a che non avranno le condizioni indicate nel numero procedente.

» 3. Le strade indicate nell'articolo primo perfezionate con gavete, ponti e ponticelli necessarii al rotaggio, e basolate nell'interno de' comuni che attraversano, saranno dall' appaltatore della costruzione, dopo consolidato il brecciale, consegnate all' appaltatore del mantenimento, e da quel momento l' obbligo della manutenzione verrà assunto dalla direzione generale di ponti e strade, che vi provvederà coi fondi generali dello stato discusso della detta direzione. Di tale consegna sarà formato un processo verbale in tre originali, firmati dalla deputazion provinciale e dal direttor generale; de' quali uno rimarrà presso la deputazione, l' altro presso la direzione generale, ed il terzo verrà rimesso al ministro degli affari interni.

» 4. Se un tratto di strada, che abbia le condizioni indicate di sopra, sarà intersecato da un ponte o interrotto da qualunque altra opera come deviazione di acque, o simili, la di cui opera oltrepassi la somma di ducati 10 m. questa circostanza non impedirà che l'intero tratto quando sia d'altronde perfezionato, possa o debba esser consegnato per la manutenzione come sopra.

» 5. Gli ordini per la consegna delle strade provinciali saranno dati da anno in anno dal ministro degli affari interni, intese per ogni provincia la deputazione delle opere pubbliche provinciali, ed il direttor generale de' ponti e strade.

Vedi inoltre *Giudici* pag. 313. *Legge de' 21 marzo 1817*.

» §. 15. La legge soggetta i proprietarj » l' uno verso l' altro a differenti obbligazio» ni indipendentemente da qualunque con» venzione.

» Una parte di queste obbligazioni è re» golata dalle leggi sulla polizia rurale.

» Le altre riguardano i muri, e le fosse » comuni, i casi ne' quali ha luogo il drit» to di appoggio, il prospetto nel fondo del » vicino, lo stillicidio, o il dritto di pas» saggio. *Art.* 573 *Leg. civ.*

Per le *leggi sulla polizia rurale* vedi *Giudici*. §. 3. *pag.* 324.

Del muro o delle fosse comuni.

» §. 16. Nelle città e nelle campagne ogni » muro che sino alla sua sommità serve di » divisione tra edifizj, corti, giardini, ed » anche tra recinti ne' campi, si presume » comune, se non vi è titolo o segno in » contrario. *Art.* 574 *Leg. civ.*

» La comunione di un muro » dice Pardessus » è convenzionale o presunta dalla legge: allorchè è convenzionale tutto ciò che ne determina le condizioni, e ne regola gli effetti dipende dal titolo che la stabilisce.

» La legge la presume in tutt' i casi ove la ragione, e l' interesse di due vicini fan supporre, che han potuto costruire il muro a spese comuni. Questa presunzione legale è tanto imponente che dispensa dal titolo, e non ammette pruove contrarie che quelle di cui la legge ha determinato i caratteri. *Pardessus. Trattato delle servitù. N.*

Sul muro che si *presume comune* osserva poi Toullier esser » questa presunzione legale fondata su ciò che ciascun vicino avendo un ugual interesse a chiudersi, si presume naturalmente che ciascuno abbia contribuito alla chiusura.

» Cessando questo interesse, cessa la presunzione. Quindi la presunzione di comunione non si estende che fino all' altezza alla quale uno de' vicini aveva interesse d' innalzare il muro.

» Un semplice muro divisorio, sul quale nè da una parte nè dall' altra vi è fabbricato o vestigio di fabbricato, si presume comune nelle città, e tra i recinti ne' campi; perciocchè ciascuno aveva interesse eguale a chiudersi; ma il muro il quale sostenesse un

terrazzo, o che per la posizione de' luoghi sembrasse ad evidenza essere stato costruito unicamente per la particolare utilità di uno de' due vicini, non sarebbe riputato comune.

» Se vi sono fabbricati da ambe le parti del muro, qualora esso serva di divisione tra fabbricati, si presume comune soltanto fino all'altezza della fabbrica la meno alta. Il dippiù appartiene al proprietario della sommità o dell'abitazione superiore, che solo ne aveva bisogno per sostenere la sua fabbrica.

» Se non vi sono fabbricati che da una sola parte ma vi siano de' vestigii, i quali annunziano che ve ne sono stati dall' altra parte, come camini ec. il muro si presume comune fino all' altezza necessaria per istabilire una sommità nel luogo dove sono questi vestigj.

» Finalmente se non vi sono fabbricati che da una parte sola, senza che esistan vestigj di fabbricato dall' altra, bisogna distinguere. Nelle città dove la legge obbliga i vicini a chiudersi a spese comuni, il muro, quantunque non vi siano fabbricati che da una parte sola, si presume comune soltanto fino all' altezza prescritta pe' muri divisorj, ma in campagna il muro si presume che appartenga a colui, la di cui fabbrica sostiene; dappoichè si suppone che avendo egli solo bisogno di questo muro, lo abbia fatto costruire egli solo sul proprio suolo, ed a spese proprie.

» Egli è per questa ragione che i semplici muri divisorj senza fabbriche nè da una parte nè dall' altra non si presumono comuni nelle campagne, se non quando il campo vicino è egualmente cinto da' muri. Articolo 653 (574.)

» La presunzione di comunione cede ai titoli contrarj, ma non al semplice possesso di un anno per quanto possa essere ben caratterizzato, a meno che non risalisse ad un tempo bastante per operare la prescrizione. Se uno de' vicini avesse nel possessorio un giudicato che lo avesse mantenuto nella proprietà del muro che serve di divisione tra i loro fondi, l'altro vicino potrebbe istituire l'azione nel petitorio, senza produrre titolo, perchè vi è un titolo nella presunzione legale di comunione, che dee cedere soltanto alle pruove contrarie: la legge però riguarda come pruove contrarie alla comunione i segni o gl' indizj che può offrire lo stato de' luoghi. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 3. *n.* 185 *a* 188.

» §. 17. È segno che il muro non è co- » mune, quando la sommità di esso da una » parte è diritta ed a piombo della sua fron- » te esteriore, e dall' altra presenta un piano » inclinato; come pure quando vi sono da » una parte sola o lo sporto del tetto, o cor- » nicioni e mensole di pietra messivi nella » costruzione del muro.

» Si presume in questi casi che il muro » appartenga esclusivamente al proprietario, » dalla cui parte sono la grondaja, o il cor- » nicione, o le mensole di pietra. *Art.* 575 » *Leg. civ.*

Si conserva questa presunzione dicendo che vi è segno di non comunione, allorchè» osserva Toullier » in un muro divisorio vi sono da una parte sola le mensole appostevi nel fabbricare il muro. Art. 654 (375). Se vi fossero state poste dopo essersi costruito il muro, si crederebbero aggiunte da un vicino senza saputa dell' altro.

» Non bisogna confondere con le mensole le morse di pietra lasciate dalla parte di un vicino. Colui che fabbrica il primo lascia queste morse, affinchè la casa del vicino, allorchè questi verrà a fabbricare, sia concatenata con la sua, ed affine di evitare gl' incavi e le incrostature che bisognerebbe fare per formare delle concatenazioni. Queste morse che chiamansi *addentellati*, non sono segni di comunione.

» La cresta della muraglia è la sommità di un muro divisorio che s' intonaca con lo smalto di calce e sabbia, o col gesso. Si alza in punta o in cresta nel mezzo della doppiezza del muro, e presenta un piano inclinato da ambe le parti per facilitare lo scolo delle acque; ed è uso di fare nel basso della cresta del muro canaletti ovvero gocciolatoj di embrici, o pietre piatti sporgenti un poco per gettar l' acqua fuori la faccia esteriore del muro.

» Quando la cresta della muraglia presenta, come abbiam detto, un piano inclinato con de' canaletti, o gocciolatoj da ambe le

parti, il muro si presume comune. Art. 214 della costumanza di Parigi.

» Per lo contrario vi è segno di non comunione allora quando la sommità del muro è dritta ed a piombo della sua faccia esteriore, e presenta dall' altra un piano inclinato. Art. 654 (575). Credesi allora che il muro appartenga esclusivamente al proprietario dalla parte del quale sono la grondaja e le mensole di pietra.

» Si presume che la cresta del muro sia stata costruita in tal modo, perchè il vicino non sia obbligato a tollerare la grondaja sul suolo suo.

» Ma la cresta, i canaletti, o i gocciolatoj non sono che indizj equivoci di comunione. Bisogna notare che l' articolo 654 (575), che li dà per segni di non comunione nel caso in cui la grondaja o i gocciolatoj sono da una parte sola, non è giunto a dichiararli per segni di comunione quando sono da ambe le parti. D' altronde, questo articolo è la conseguenza dell' art. 653 (574) il quale non parla che de' muri divisorj tra edifizj, o tra corti e giardini nelle città, e tra recinti ne' campi.

» Così nelle campagne se un solo fondo era cinto di muri, la cresta ed i gocciolatoj stabiliti dalla parte del fondo aperto non basterebbero a far presumere che il muro appartenga per metà al proprietario di questo ultimo fondo; poichè si crederebbe piuttosto che il proprietario del fondo chiuso abbia lasciato un terreno bastante per sopportare la grondaja del muro proprio, o che questa grondaja non essendo molesta al fondo aperto, il proprietario l' abbia tollerata.

» Queste regole su la comunione de' muri non sono applicabili ai luoghi dove non avvi uso di fabbricare case contigue, e dove per lo contrario siavi l' obbligo, com' era in Roma, di lasciare uno spazio voto intermedio tra le case, le quali appunto per questa ragione erano chiamate isole, *insulae*.

» Siccome il codice non ha effetto retroattivo, così i contrasegni o gl' indizj di non comunione ammessi dalle costumanze possono sempre esser invocati a riguardo de' muri costruiti innanzi alla promulgazione del codice.

» Quando la non comunione fosse provata, ogni proprietario in contiguità di muro, anche in campagna, ha la facoltà di render questo muro comune in tutto, ovvero in parte, rimborsando all' antico padrone la metà del valore di quella porzione che egli vuole render comune, e la metà del valore del suolo sul quale è il muro costrutto. Articolo 661 (582). Ben inteso però ch' egli è tenuto a rimborsare l' attual valore del muro senza aver considerazione a quel che ha costato al tempo della sua costruzione.

» Rispetto al valore del suolo egli ne deve il rimborso anche quando il muro fosse stato altra volta comune, e non lo fosse più stato in appresso per l' abbandono che egli ne abbia fatto onde esimersi dall' obbligo delle riparazioni; imperocchè l' altro vicino era divenuto proprietario appunto per questo abbandono.

» Il codice non richiede che chi vuol acquistare la comunione provi di averne bisogno; gli basta che il voglia, senza esser tenuto a render conto de' suoi motivi.

» Nè d' altronde può egli esser costretto ad acquistar la comunione dell' intero muro, avendo la libertà di acquistarne quella sola parte che gli piaccia e fino a quell' altezza di cui ha d' uopo; allora egli paga il valore del terreno e del muro per la lunghezza soltanto e per l' altezza che vuol acquistare; ma fino alle fondamenta.

» Intanto se il proprietario del muro avesse costruito una o più cantine le quali avessero obbligato a far le fondamenta più profonde di quel che sarebbe necessario per le fabbriche ordinarie, il vicino che non vuole aver cantine non è obbligato a rimborsare il valore delle fondamenta se non fino alla concorrenza della parte necessaria per sostenere il suo edifizio.

» Il prezzo della comunione vien fissato da' periti, quando i due vicini non si possono metter di accordo, e questo prezzo dev' esser pagato innanzi a qualunque intraprendimento.

» Ma le spese di perizia non sono in comune come quelle dello stabilimento de' confini; perciocchè seguir debbono la regola generale. Colui il quale vuole acquistare la comunione deve offrire una somma per prezzo

del valore della metà del muro e del suolo. Se l'offerta è rigettata, si nominano i periti; e secondo che l'offerta si trova sufficiente, ovvero insufficiente, le spese sono a carico del reo, o dell'attore.

» Se in luogo di offrire una somma il vicino dimandasse di acquistare la comunione secondo il valore da fissarsi per mezzo di periti; e l'altro senza costringerlo ad offrire una somma consentisse a nominare i periti, le spese sarebbero a carico dell'attore.

» L'obbligazione imposta ad ogni vicino di vendere la comunione del muro contiguo al podere di un altro è contraria alla legge della proprietà, dappoichè essa forza ad alienare; ma l'utilità generale, la decorazione delle città, l'utilità stessa de' particolari lo hanno richiesto. E questo dritto essendo stabilito in favore così di uno de' vicini come dell'altro non può tacciarsi d'ingiustizia, perciocchè da una parte e dall'altra vi è eguaglianza di dritto.

» La facoltà di acquistare la comunione va soggetta ad una eccezione. In caso che il proprietario del muro avesse acquistato una servitù di veduta o di prospetto sul fondo vicino, il proprietario del fondo serviente non potrebbe privare la casa vicina de' suoi lumi e del suo dritto di servitù, offerendo di acquistar la comunione del muro per fabbricare appresso; potrebbe solo acquistar la comunione fino all'altezza delle finestre di servitù.

» Del rimanente se il codice permette ad uno de' vicini di costringer l'altro a vendergli la comunione, non permette a costui di forzare l'altro ad acquistarla. Così il proprietario del muro non può costringere il proprietario del fondo contiguo a rimborsargli la metà del valore di questo muro. *Toullier Corso di dritto civile vol.* 3 *n.* 189 a 198.

» Si potea però ricavare » soggiunge Maleville, dalla situazione de' fondi, e dalla natura della coltivazione degli altri contrasegni non meno notabili, e non meno ammessi dalla pratica comune. Nascendo dubbio » ad esempio » fra due proprietarj, uno de' quali sia padrone di un terreno più elevato, e l'altro di uno più basso, si presume che il muro appartenga a quello cui sta a cuore che la terra non si sfianchi e non precipiti nel campo del vicino. Del pari il muro che separa due terreni contigui, l'uno lavorato a vigna, e l'altro a prato o a bosco, si tiene, che possa piuttosto appartenere al proprietario della vigna, che ha un motivo maggiore di chiudere il suo terreno. *Maleville. Osservazione all' art.* 654 *del cod. civ.*

» §. 18. Le riparazioni, e le ricostruzio-
» ni del muro comune sono a carico di tut-
» ti quelli che vi hanno dritto, ed in pro-
» porzione del dritto di ciascuno. *Art.* 576.
» *Leg. civ.*

L'imperatore Filippo rescrisse del pari, che se un compadrone ripara un edificio comune, le spese vanno per rata a carico degli altri.

» Si ut proponis socius aedificii ad refectionem ejus sumptus conferre detractat, non necessario extra ordinem tibi subveniri desideras. Etenim si solus aedificaveris, nec intra quatuor mensium tempora cum centesimis, nummus pro portione socii erogatus restitutus fuerit, vel quo minus id fieret per socium (*idest per te qui socius ejus es*) stetisse constiterit; jus dominii pro solido vindicare vel obtinere juxta placitum antiquitus poteris. *L.* 4. *Cod. de aedificiis privatis.*

Su le ricostruzioni » osservate, dice Delvincourt, 1.° che per esservi luogo a far contribuire i due proprietarj, bisogna che la necessità delle riparazioni, o ricostruzioni risulti dalla vetustà, o da qualche caso fortuito; poichè se vi avesse dato luogo il fatto di uno de' proprietarj, non solo questi non potrebbe forzare l'altro a contribuire alle spese, ma bensì sarebbe tenuto d'indennizzarlo di tutt'i danni che le riparazioni potrebbero cagionargli: 2.° che qualora la spesa debba essere a carico dei due proprietarj, ciascuno dee soffrire egualmente gl'inconvenienti risultanti dalle costruzioni de' ponti, dal deposito de' materiali ec. ec. Riguardo ai rimovimenti che ciò può cagionare, ciascuno dee soffrire quelli che lo concernono.

» Ma qualora il muro appartiene ad un solo proprietario, egli dee allora prendere tutte le necessarie precauzioni, acciò tutto il servizio della costruzione si faccia dalla sua parte. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 3. *nota* 79 *al tit.* 4.

» §. 19. Ciò non ostante qualunque com-
» padrone di un muro comune può esimersi
» dall'obbligo di concorrere alle spese delle
» riparazioni e ricostruzioni, rinunziando al
» dritto di comunione; purchè il muro co-
» mune non sostenga un edifiizio di sua per-
» tinenza. *Art.* 577. *Leg. civ.*

» La disposizione di questo articolo è suscettibile di qualche modificazione, dice Pardessus. »Il comproprietario non può fare questo abbandono per dispensarsi dal riparare o ricostruire il muro comune, quando esso sostiene un edifizio che gli appartiene. Si comprende subito il motivo di questa eccezione. La esistenza di un muro essendo indispensabile per sostenere il suo edificio non avrebbe egli alcuna giusta ragione di lasciare al suo vicino solo la proprietà di quello su del quale non potrebbe appoggiarsi che in pagandone la comunione.

» Può dirsi lo stesso ne'luoghi dove l'uno de'vicini può costringere l'altro a chiudersi, quando il muro serve di chiusura a colui che vuole abbandonarlo? Una ragione per l'affermativa si è che l'articolo 663 del codice (584) speciale pei muri di chiusura, non accorda affatto come l'articolo 656 (577), la facoltà di dispensarsi dalle riparazioni rinunciando alla comunione: nondimeno può farlo, ma pel solo eccesso dell'altezza richiesta dalla legge pei muri di chiusura, e dee fino a quest'altezza contribuire alla ricostruzione: è questo il nostro sentimento. Non dobbiamo dissimulare per altro, che sembra risultare dalla discussione del codice, che colui il quale vuol dispensarsi dal mantenimento del muro comune può abbandonarlo senza distinzione di specie di muro.

» L'abbandono del dritto di comunione non discarica neanche dalle riparazioni alle quali si fosse dato luogo per fatto proprio, o per colpa delle persone di cui si è risponsabile: esso lo libera soltanto da quelle che ha potuto occasionare la vetustà del muro, e generalmente da tutte la riparazioni non cagionate da lui. È massima che ciascuno dee riparare il torto avvenuto per colpa sua, e non può profittare di un beneficio della legge per commettere una ingiustizia contra il suo vicino.

» Col mezzo di questa rinunzia, il muro così abbandonato cessa di essere comune, e diviene di proprietà assoluta dell'altro vicino, che resta obbligato a ricostruirlo, e mantenerlo. Non avrebbe egli la libertà di lasciarlo perire per profittare della porzione del suolo sul quale fu fabbricato, e de' materiali del quale la metà apparteneva a colui da chi ha ricevuto siffatto abbandono: questa condotta dalla sua parte darebbe luogo ad un'azione di revindica. *Pardessus. Trat. delle servità n.* 168.

Sul dritto di comunione Delvincourt porta poi una differenza tra le città, e le campagne. In queste » ei dice dove non si è costretto a chiudersi, il vicino può abbandonare il muro e'l terreno in totalità, e dispensarsi così dal contribuire in menoma cosa alle spese del muro. Ma nelle città dove la chiusura è di obbligo, egli è chiaro che non può abbandonare il muro che dalla sommità, scendendo sino all'altezza di chiusura, vale a dire ad otto o dieci pollici dal suolo.

» Che sarà a dirsi se dopo l'abbandono l'altro vicino non facesse le sue riparazioni, e lasciasse crollare il muro? Credo che colui, il quale ha fatto l'abbandono potrebbe domandare di rientrare nel possesso della sua porzione del terreno, e della metà de'materiali. L'abbandono non era cagionato, che dal desiderio di esimersi da una spesa, che si presentava come forzata. Tosto che ha luogo questa spesa abbiamo il caso dell'azione detta *condictio sine causa. Delvincourt. Corso del Cod. civile nota* 82 *al tit.* 4. *T.* 3.

» §. 20. Ogni compadrone può far fab-
» bricare appoggiando ad un muro comune,
» ed immettervi travi, e travicelli per tutta
» la grossezza del muro, ad esclusione di
» due pollici; senza pregiudizio del dritto
» che ha il vicino di far accorciare la trave
» sino alla metà del muro, nel caso in cui
» egli volesse collocare una trave nello stes-
» so sito, o appoggiarvi un cammino. *Art.*
» 578. *Leg. civ.*

Con rescritto degl'imperatori Severo, ed Antonino era benanche concessa la facoltà al compadrone di appoggiare la sua fabbrica ad un muro comune; purchè però non eccedeva l'uso del luogo.

» Et balneum (ut desideras) extruere, et aedificium ei supponere potes; observata tamen forma, quae caeteris super balneum aedificare permittitur; idest ut concameratis super instruas, et ipsum concameres, nec modum usitatum altitudinis excedas. *L.* 1. *Cod. de aedificiis privatis.*

» §. 21. Ogni compadrone può fare alza-
» re il muro comune; ma sono a di lui ca-
» rico le spese dell' innalzamento, le ripa-
» zioni di mantenimento sopra l' altezza del
» muro comune, ed inoltre l' indennità pel
» maggior peso in proporzione dello alza-
» mento, e secondo il suo valore. *Art.* 579.
» *Leg. civ.*

Il dritto romano, al dir di Cajo, vietava al compadrone di un muro comune il demolirlo, o riattarlo senza il consenso dell'altro.

» Parietem qui naturali (*idest jure naturali, quod jus gentium appellatur*) ratione communis est alterutri vicinorum demoliendi eum, et reficiendi, (*jus servitutis*) jus non est quia non solus dominus est. *L.* 7 *D. de servitut. urban. praed.*

Casus. Si communis paries est inter me, et te; puta inter domum tuam et meam est paries communis, qui utranque domum separat; si vis eum destruere vel reficere non potes. *Vivianus.*

Ulpiano però dava ad uno dei compadroni il dritto di chiamar l' altro in giudizio, quando questi mostrasse renitenza alla riattazione, o demolizione del muro comune.

» Si aedes communes sint, aut paries communis, et eum reficere, vel demoliri, vel in eum mittere (*ut schalas vel tigna*) quid opus sit, communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto. Uti possidetis experiemur. *L.* 12 *D. communi dividundo.*

Casus. Si habeo tecum communem domum quam volo reficere, et tu non permittis, nunquid interdicto, vel communi dividundo possim agere? et responde quod sic. *Vivianus.*

» La esecuzione del presente articolo può dar luogo, ci fa riflettere Pardessus, a delle difficoltà ch' è d' uopo prevedere.

» Il muro comune che uno dei due vicini vuol innalzare può essere bastantemente forte per sostenere nuove opere; può non esserlo abbastanza, sebbene sufficiente per sopportare la destinazione che avea prima della risoluzione di alzarlo: finalmente può essere di cattiva costruzione, e tale che indipendentemente dall'uso che vuol farne uno de' vicini vi sia bisogno di ristabilirlo.

» Il primo caso non offre alcuna difficoltà. Colui che innalza il muro dee ai termini di questo articolo indennizzare il suo comproprietario del peso che cagionerà tale innalzamento. Questa obbligazione non soffre eccezione alcuna: qualunque sia la fortezza, ed il buon stato del muro che si vuole innalzare, è evidente che il nuovo peso che sosterrà accelera la sua distruzione, ed avrà bisogno di essere riparato più presto. Se in questo primo caso fosse indispensabile di aumentare la profondità delle fondamenta di tal muro, per metterlo nello stato più sicuro da sostenere l'innalzamento, l'opera dovrebbe essere a spese comune; ma il compadrone non sarebbe tenuto a sopportare i pesi che in proporzione dello stato nel quale si trovava il muro prima che la profondità delle fondamenta fosse stata accresciuta.

» Nel secondo caso quegli che vuole innalzare il muro dee farlo ricostruire per intero a sua spese, e la maggior grossezza dee esser presa dalla sua parte. L' articolo 659 (580) è preciso su di ciò. La disposizione è fondata sul motivo, che sarebbe ingiusto di costringere colui pel quale l'innalzamento non è utile a corrispondere alla ricostruzione che l' opera solamente produce. Il comproprietario non può essere obbligato a concorrere in alcuna guisa a tale ricostruzioone sotto pretesto che si renderà più solida la parte comune. Questo vantaggio rimpiazza la indennità de' pesi che gli sarebbe dovuta, se il muro fosse stato giudicato capace di sopportare l' innalzamento.

» Nel terzo, il cattivo stato del muro rendendo indispensabile una ricostruzione, anche quando non dovesse essere sopraccaricato, colui che vuole alzarlo può far uso del dritto che gli accorda l'articolo 653 (576) di costringere il suo vicino alla ricostruzione. Questi può sostenere, che l'innalzamento è possibile senza di ciò; poichè non è giusto che un vicino obblighi a sua volontà l' altro alla ricostruzione di una cosa comune che non

minaccia rovina; ma se la necessità è dichiarata o riconosciuta, dietro una verifica del tribunale, il vicino che vuole innalzare dee lasciarsi padrone della costruzione. Il comproprietario non può pretendere che il muro sia subito rifatto a spese comuni colla semplice grossezza che aveva, salvo all'altro di fortificarlo se bisogna. Questa pretenzione non sarebbe che una malizia la quale non dovrebbe affatto essere accolta; poichè un muro costruito in una volta, e sopra uno stesso piano, ha molto più di solidità. Quello che si ha dritto di domandare si è di non contribuire che quello costa la ricostruzione della parte comune, se non vi fosse innalzamento, e che il vicino il quale ricostruisce prenda sopra il suo terreno il di più della grossezza.

» Se fosse riconosciuto che la ricostruzione del muro non è necessaria, chi l'ha domandata non potrebbe farla neppure a sue spese; poichè una operazione di questo genere produce sempre per l'altro vicino degl' inconvenienti da non potersi indennizzare.

» In tutti questi casi non vi è difficoltà che nella classe delle spese d'innalzamento si debbono comprendere le spese di verifica per determinare il livello del muro ricostruito, quelle di puntellatura dell'edificio, della rimozione degli archi, tettoje e capanne del vicino che fossero addossate o appoggiate sopra il muro comune, e degli ristabilimenti convenevoli da farsi; per conseguenza se il vicino avesse un tubo di camino accosto al muro, e che per l'innalzamento questo tubo diventasse inservibile a causa della retrocessione del fumo, dovrebbe anche essere alzato a spese di colui che fa innalzare il muro. Non sarebbe lo stesso degli abbellimenti di pitture, o di altri simili ec. *Pardessus Trat. delle servitù n.* 174.

Fu questione nella corte imperiale di Dovai se il comproprietario il quale fa innalzare a sue spese un muro comune, possa per dritto o per consuetudine aprire delle finestre nella parte innalzata. Con decisione de' 17 febbraro 1810 si ritenne la negativa.

» *Fatto*. Un muro era comune in Cambrai tra 'l signor Ladriere, ed il signor Boniface. Quest'ultimo fece a sue spese innalzare il muro, costruire nel dorso un'edifizio, ed aprire nella parte innalzata alcuni spiragli, o finestre con inferriate, o invetriate fisse.

» In questo stato di cose si domandò per parte del signor Ladriere la soppressione di queste aperture, senza offrire di acquistare la comunità della parte innalzata. Surse allora la quistione di sapersi, se il comproprietario, il quale fa innalzare, a sue spese, un muro comune possa per dritto, o per consuetudine aprire delle finestre nella parte innalzata. Questa quistione fu sottoposta alla decisione di due arbitri, i signori Cacheu, e Richard, tutti due giureconsulti di Cambrai. Il parere dell'uno fu per la negativa, quello dell'altro per l'affermativa.

» Il primo parere è così motivato. » Atteso 1.°, che il muro in quistione è comune nel suo principio; che ciascun vicino è comproprietario per ragione del terreno, che ha somministrato per istabilirlo; che, a norma delle disposizioni dell'art. 552 del codice civile, la proprietà del suolo comprende la proprietà della superficie, e della parte sottoposta.

» Atteso 2.°, che il signor Boniface non ha mai acquistata la proprietà della superficie appartenente al signor Ladriere; che l'art. 658 non gli trasferisce questa proprietà, e non gli accordava, che il semplice uso di questa superficie, ad oggetto d'innalzare il muro, senza permettergli di aprirvi delle finestre, quantunque esso faccia parte del titolo delle servitù, che con questo semplice uso, accordato per ragioni di pubblica utilità, e fondato sul principio, *quod mihi prodest, et tibi non nocet, pati teneris*, la legge non ha tolto al signor Ladriere il diritto di proprietà della superficie, che l'art. 660 permettendogli di acquistare la comunione dell'innalzamento, non lo sottopone, che a pagare la metà di ciò, ch'è costato, ed il valore della metà del suolo occupato per la maggior grossezza, se ve ne sia, e nol soggetta a redimere la proprietà della superficie del suo proprio territorio, proprietà assicuratagli dall'art. 552 di sopra citato.

» Atteso 3.° che l'art. 676 del codice civile non parla, che di un proprietario del

muro totalmente non comune, contiguo immediatamente al fondo altrui; in conseguenza di un individuo, il cui muro interamente è costruttò, ed elevato sul suo proprio terreno, e non già di quell' individuo, che avesse fatto innalzare un muro comune dal suo principio, che si servisse della proprietà del suo vicino, per fare quest' innalzamentó, che non formasse un vero muro, ma soltanto una parte di muro, che non fosse immediatamente contiguo al fondo vicino, ma che realmente si trovasse in questo fondo, e che lo mettesse in istato di scorgere ciò che si fa in casa del suo vicino.

» Atteso 4, che se l'art. 660 permette al signor Ladriere di acquistare la comunità dell' innalzamento, questo non è visibilmente, che per quando volesse servirsene a suo proprio uso, e non già per ammetterlo nell' azione di far sopprimere le finestre, che vi si volessero aprire; e che se altrimente fosse, sarebbe lo stesso, che costringere indirettamente questo vicino a fare una spesa ruinosa, e che gli sarebbe perfettamente inutile, mentrechè la legge non permette l'innalzamento, che per quanto non è al vicino pregiudizievole; ch' essa non potea in altro modo permetterlo senza ammettere un' assurdo in materia di legislazione, sul diritto di proprietà; che altro è permettere precisamente, come fa la legge, un' innalzamento sulla porzione del muro, di cui il vicino è comproprietario, altro è autorizzare con ciò di servirsi di uno spazio appartenente al vicino, per ispiare in sua casa.

» Atteso 5.°, che facilmente si può ognuno assicurare, che le disposizioni del codice sono ricavate dalla consuetudine di Parigi esclusivamente, poichè la consuetudine di Cambresis, tit. 18 art. 1 contiene le stesse disposizioni del codice, sull' innalzamento del muro comune; mentrechè l'art. 6 del tit. 17 vieta senz'alcuna distinzione, di aprirsi qualunque spiraglio sul fondo altrui; - che si leggano, per quanto si voglia gli art. 675, 676, e 677 del codice civile, non vi si osserverà mai, che la legge nuova ammetta d' aprirsi senza titolo delle finestre nel fondo del suo vicino sull' innalzamento di un muro comune: vi si osserverà al contrario, che per aprirsi delle finestre con inferriata, ed invetriata fissa bisogna esser proprietario di un muro intero, e non già di una parte non comune di muro; che questo muro non sia eretto sul muro, e nel fondo altrui, ma che sia contiguo immediatamente al fondo altrui.

» Il secondo parere, per l'affermativa fu poggiato su i seguenti motivi.

» Attesochè il signor Ladriere non fa offerta al signor Boniface della metà del valore dell' innalzamento, ciò che lo rende non ammisibile a dimandare, che le finestre siano appilate, quantunque egli ne potrebbe avere la facoltà, rimborsando.

» Che in fatti il codice civile avendo trattato la materia, non bisogna consultare nè le consuetudini antiche, nè le ordinanze, nè il dritto romano; che se si vuol dare a queste leggi qualche peso, esse possono averne per quanto servono a far conoscere le conseguenze dei principj, che il nuovo codice ha adottati.

» Che non può esser quistione di sapere se l'antica consuetudine di Cambresis ammettea, o non ammettea l' apertura degli spiragli; che basta, che oggi sia sicuro, che gli art. 673 e 677 del codice civile ammettono questi spiragli, che esistono adesso in tutt' i paesi dell' impero per autorità della legge generale; che su questo punto il suddetto codice non ha fatto, che appropriarsi le disposizioni della consuetudine di Parigi, colla sola eccezione dell' apertura degli spiragli.

» Attesochè, nella specie, trattasi semplicemente di questa sorte di spiragli, e non di verun' altra, che si volesse stabilire, come servitù rustica; ch' esse sono aperte nell' innalzamento costrutto a proprie spese dal signor Boniface, su di un muro riconosciuto comune; che non è necessario in dritto, che un vicino, il quale ha innalzato, e che vuole aprire delle finestre, sia proprietario del muro intero fin dalle sue fandamenta.

» Che l' innalzamento fino alla ricompra della metà non forma meno un muro non comune, contiguo immediatamente al fondo altrui; che non basta al vicino di avere la facoltà di acquistar l'esercizio di comunità dell' innalzamento; che bisogna, che questo dritto sia in esercizio, che formi una proprietà

attuale, ed assoluta tale, che gli permetta di usare da' se stesso della cosa, se vuole impedire al vicino, che ha innalzato a sue spese, di agire come proprietario esclusivo di tutto l'innalzamento, e di aprirvi delle finestre, che non solamente la legge non vieta al proprietario, ma che al contrario gli permette espressamente; che decidendo così non viene a distinguere, dove la legge non distingue, nè ad aggiungere alle sue disposizioni, ma solamente ad apprezzare il vero senso della legge; che non evvi alcuna ragione per credere, che il legislatore abbia voluto, che la legge nuova, ricavata dalla consuetudine di Parigi avesse un'effetto diverso da quello, che l'uso, ed i tribunali fino allora le aveano attribuito, come lo attesta il repertorio di giurisprudenza cogli autori, che vi sono citati; che bisogna al contrario dire, che se il legislatore avesse volnto altrimente lo avrebbe spiegato, dovendo le regole antiche, che una nuova legislazione ha consacrato, esser conservate colla giurisprudenza, che loro è relativa; giacchè non vi è alcuna ragione di supporre, che lo spirito della legge possa essere differente, quando non è cambiata la lettera; che trattandosi di applicare un testo della legge a circostanze della stessa natura, non può esistere nel silenzio del legislatore alcuna ragione, per sostituirle un senso del tutto nuovo.

» Che nella nuova edizione del repertorio di giurisprudenza che sta uscendo del consigliere di stato Merlin, si cita in fine della parola *Borgnes*, tit. 1. pag. 767 un passo della consuetudine di Loraine, che si riferisce alla specie, e che l'autore dell'articolo sembra di presentare, come punto di dritto comune. Il signor Merlin cita quindi gli articoli del nuovo codice, e non fa osservare, ch'essi abbiano introdotto la minima deroga; che quindi si potrebbe ricorrere agli articoli 558 e 660 del codice civile, avvicinandoli agli articoli 675 e seguenti.

» Che in fatti l'art. 658 permette ad un comproprietario innalzare a sue spese il muro comune; l'articolo 660 permette al vicino, che non ha contribuito all'inalzamento, di acquistare la comunità, pagando la spesa della metà del valore ec. - Dunque l'art. 675 non può intendersi, che nel senso degli articoli 658, e 660, e l'innalzamento non forma *in sensu legis* un muro comune per tanto tempo, finchè il vicino, il quale non ha contribuito, non abbia rimborsato la metà della spesa.

» Da un'altra parte, attesochè se l'articolo 552 del codice civile stabilisce, che la proprietà del suolo comprende la proprietà della superficie, e della parte sottoposta, ciò vuol dire, come lo spiega lo stesso articolo, che il proprietario può fare al di sopra delle piantaggioni, e costruzioni, che crede a proposito, salve le eccezioni stabilite al titolo delle servitù prediali; che può fare al di sotto tutte le costruzioni, e scavamenti, che crederà a proposito, e trarne da questi tutt' i prodotti, che ne pervengono, salve le modificazioni, risultanti dalle leggi, e regolamenti relativi alle miniere, e dalle leggi, e regolamenti di polizia.

» Che quindi il signor Boniface non intende impedire al signor Ladriere di godere del muro, che esso (Boniface) ha costrutto, ma che quest'ultimo non diviene abile, come si è detto, a rendersene egli stesso proprietario (dell'innalzamento), che conformandosi all'art. 660.

» Che bisogna avvicinare i diversi articoli del codice relativi alla materia, e spiegarli vicendevolmente, per serbarli in armonia, in vece di correre il rischio, con un'esame isolato, e subitaneo, di avere delle disposizioni contradittorie; - Che dalla prima parola dell'articolo 552, considerata separatamente da quel che segue nello stesso art., e dagli art. 658, e 660, che sono in conseguenza posteriori, e che debbono servire a determinare il senso, si dovrebbe decidere, che il proprietario di un muro comune è anche proprietario di pieno dritto, e per accessione dell' innalzamento, al quale non avesse contribuito.

» Nulla di meno l'art. 660 decide testualmente, che non bisogna intendere in tal modo l'articolo 658, poichè lascia al vicino, che non ha contribuito all'inalzamento, la facoltà di acquistare la comunità, pagando la metà della spesa: quindi per una giusta conseguenza, quando si aprono delle finestre in un'innalzamento non fatto a spese comu-

ni, si fanno in un muro non comune, contiguo immediatatamente al fondo altrui; giacchè, dove sarebbe il diritto appartenente al vicino, che reclama, poichè non può averlo, che acquistandole con pagare la metà della spesa ?

» Attesochè è del pubblico interesse di moltiplicare le costruzioni, di incoraggiare le fabbriche, e con ciò d'accordare la maggiore facilità possibile, che la legge concilia tutti gl'interessi; poichè se il vicino, che non ha contribuito all'innalzamento, non vuole prendervi parte, come potrebbe egli dolersi, che l'altro usa pienamente del diritto di proprietà dell'innalzamento, ch'egli solo ha costrutto? Costui non contratta forse l'obbligo di pagare il peso all'altro vicino; e con ciò quest'ultimo non riceve forse una giusta indennità, e dalla parte del fondo, e dalla porzione del muro comune, di cui il vicino si serve per l'innalzamento? che questa è in un certo modo una vendita forzata, che, per un motivo d'interesse pubblico, la legge gli fa fare al suo vicino; ma che se vuole rivenire al libero esercizio del suo dritto di proprietà, la legge viene in suo soccorso sotto due condizioni: la prima restituendo le somme, che avesse ricevute per poterlo innalzare; la seconda pagando la metà della spesa del muro, ciò che la legge chiama acquistar la comunità. - Ma attesochè il signor Boniface non ha potuto servirsi del muro comune per costruirvi un'innalzamento, senza contrarre con ciò l'obbligo di pagare questi pesi al signor Ladriere colla dovuta concorrenza ec. »

» Un terzo arbitro (il signor Boileux presidente del tribunale di prima istanza di Campray) fu chiamato per togliere la ineguaglianza de' pareri degli altri due. Egli adottò l'opinione tendente a proscrivere ogni apertura nell'innalzamento, per parte del comproprietario, che innalza. - Sull'appello è stata pronunziata la seguente decisione confermativa del laudo.

» *Decisione* - La corte - Considerando che ogni servitù essendo una restrizione alla proprietà del terreno, sul quale questo dritto si esercita, e tendendo a diminuirne più, o meno il valore, questo vantaggio accordato ad un proprietario in pregiudizio dell'altro, dee essere rigorosamente rinchiuso nei termini del titolo, che lo costituisce; che l'art. 639 del codice civile non ammette altre servitù, che quelle derivanti, o dalla situazione naturale de' luoghi, o dalla convenzione, o dalla legge; che in appoggio di queste pretenzioni, l'appellante non allega nè necessità naturale, nè convenzione, che in quanto alla legge da esso lui invocata, ogni proprietario può, a norma dell'art. 658 del codice civile fare innalzare il muro, ma che quest' articolo non gli accorda il diritto di aprire nella parte innalzata alcun spiraglio, o finestra, anche con inferriata, ed invetriata fissa.

» Che questa facoltà non è accordata dall' art. 676 dello stesso codice, che al proprietario del muro non comune, contiguo immediatamente al fondo altrui; che in realtà l'innalzamento del muro in quistione non è comune; che il signor Boniface, il quale ha costrutto questa parte di muro, può considerarsi come proprietario, ma che questa parte non comune, essendo appoggiata su di un muro comune, ed essendo questo muro poggiato su di un terreno comune, ne segue, che l'innalzamento costrutto da Boniface è per metà sul fondo di Ladriere - Che in conseguenza non si può dire, che la parte del muro non appartenente all'uno sia contigua immediatamente al fondo dell'altro.

» Che l'autorizzazione accordata dalla legge al comproprietario di alzare un muro comune, cioè di fabbricare sul terreno proprio, e su quello altrui, è molto giusta, poichè è utile a chi l'esercita, e non nuoce a chi la soffre; ma che la facoltà di aprire delle finestre, evidentemente nociva al proprietario vicino, non solamente non può comprendersi nell'autorizzazione precedente, ma n'è, e dee esserne necessariamente esclusa.

» Che infine voler applicare al proprietario di una parte del muro il dritto, che il citato articolo non accorda, che a colui, ch'è nel tempo stesso solo proprietario di un muro intero, e di un terreno, sul quale questo muro è costrutto, è una pretenzione egualmente contraria alla lettera, ed allo spirito della legge - Dichiara di essersi ben giudicato ec.

» §. 22. Se il muro comune non è atto

» a sostenere l' alzamento, quegli che vuo-
» le alzare, è tenuto a farlo ricostruire per
» intero a sue spese, e l' aumento di gros-
» sezza dee prendersi dal suo lato. *Art.*580.
» *Leg. civ.*

Su l' aumento di grossezza osserviamo con Delvincourt, che » il vicino il quale vuole tutte le volte innalzare sia stato costretto a far riedificare a sue spese la parte comune, è chiaro che egli non debba veruna indennità per l' eccedente; ma bensì l' antico muro, benchè ricostruito da lui per intero, resta sempre comune, ed egli è tenuto ad indennizzare il vicino de' danni, che han potuto cagionargli la demolizione, e la ricostruzione della parte comune.

» Egli può fare ancora consolidare l' antico muro solamente, se ciò sia a sufficienza; prendendo l' eccedente della grossezza dalla sua parte, e non pagherà i pesi, che dedotto ciò che gli sarà costato per quest' oggetto. Ma altresì quando sarà necessario di far riparare la parte comune, il vicino non sarà tenuto a contribuirvi, che in proporzione dell' antica grossezza del muro.

» Cosa avverrà se dopo che il vicino abbia fatto ricostruire o rinforzare il muro di modo che vi si possa appoggiare un edificio, l' altro vicino voglia ugualmente fabbricare dalla sua parte? Egli dee indennizzare il primo in ragione del valore attuale del muro. *Delvincourt. Corso del codice civile. Nota 97 al tit. 4 Tom.* 3.

» §. 23. Il vicino che non ha contribuito
» all' alzamento, può acquistarne la comu-
» nione, pagando la metà della spesa, ed
» il valore della metà del suolo occupato
» per la maggior grossezza, se ve ne sia.
» *Art.* 581 *Leg. civ.*

» Si osservi » dice Toullier » una differenza notabile tra l' espressioni di questo articolo, e quelle del seguente, che non obbliga chi vuol rendere comune il muro appartenente al suo vicino ad altro che a pagare la metà del valore del muro o della porzione che vuol far comune, e non già la metà della spesa che ha costoro: cosa ben differente.

» La ragione di questa differenza deriva fuori dubbio da che il vicino, il quale compra il dritto di comunione di un muro di proprietà privata dell' altro vicino, non è in colpa per non aver contribuito alla costruzione di questo muro, alla quale costruzione egli non era stato chiamato. Quando che un muro non può essere innalzato senza il consenso del comproprietario, o almeno senza che questi sia stato interpellato. Il rifiuto di contribuirvi potrebbe avere il motivo segreto di lasciare, che l' altro vicino faccia da se la spesa dell' innalzamento col disegno di appropriarselo in seguito per mezzo di una stima di esperti, chiamata arbitraria, e quasi sempre al di sotto di quanto è costato l' innalzamento del muro. *Toullier. Corso del dritto civile. Tomo* 3 *n.* 205.

» §. 24. Ogni proprietario in contiguità
» di un muro ha pure la facoltà di render-
» lo comune in tutto o in parte, rimbor-
» sando al padrone la metà del suo valore,
» o la metà del valore della parte che vuol
» rendere comune, e la metà del valore del
» suolo sopra cui il muro è costrutto. *Art.*
» 582 *Leg. civ.*

» La disposizione di questo articolo, fa osservare Delvincourt, dee aver luogo anche quando il muro fosse stato comune in origine, e fu abbandonato da uno de' proprietarj, che si volle dispensare dal contribuire alle riparazioni. Poichè in seguito di tale abbandono il vicino è divenuto proprietario della totalità del muro, e per conseguenza se l' altro vuole riacquistare la comunione sarà obbligato a ricomprare la metà di questa totalità, cioè la metà del terreno, e la metà del muro.

» *Quid*, se il muro che a diciotto pollici sarebbe di una doppiezza sufficiente per muro di chiusura, si trovasse averne ventiquattro o trentasei, quegli che vuol comprare la comunione, sarà forse obbligato a comprare la metà del muro come sta, o la metà di un muro di diciotto pollici? Io sono di quest' ultimo avviso. Non dee rimanere in libertà del vicino il peggiorare la di lui condizione, nè d' imporgli un obbligo più oneroso di quello di cui, come è probabile, la legge ha voluto caricarlo. Ma se colui che ha comprato la comunione alla ragione di diciotto pollici, volesse in seguito applicare nel detto muro delle opere, e profittare così dell' eccedente-

della grossezza, il vicino potrebbe costringerlo a pagare la metà di questo eccedente, almeno nella proporzione della grossezza necessaria pei lavori nuovi.

» È da notarsi, che qualora il muro è molto alto, e che il vicino non voglia comprarne la comunione che sino ad una certa altezza, egli ne ha il dritto. • In questo caso si stima il valore della metà del terreno, quindi il valore della metà del muro preso nell' altezza che vuol rendere comune; e da queste due somme riunite si deduce il valore de' pesi dovuti in ragione dell' innalzamento. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 74 *al tit.* 4. *tomo* 3.

» In riguardo al valore, riprende il medesimo giureconsulto, bisogna intendere non quello reale del muro, ma il valore che ha nel suo stato attuale, e relativamente all'uso al quale è destinato. Se dunque il muro avesse una grossezza doppia di quella di un muro di chiusura ordinaria, e che il vicino non acquistasse la comunione che per appoggiarvi delle spalliere, o altre opere leggiere per le quali bastasse un semplice muro di chiusura, non sarebbe tenuto di pagare, che la metà del valore di un muro di chiusura. Parimenti, se il proprietario contiguo avesse fatto costruire delle fondamenta considerevoli, come per uso di cantina, il vicino che non volesse far cantine non sarebbe tenuto a pagare che la metà del valore di fondamenta ordinarie. *Idem. nota* 75.

» §. 25. Uno dei vicini non può fare alcun
» incavo nel corpo di un muro comune, nè
» applicarvi o appoggiarvi alcuna nuova ope-
» ra senza il consenso dell' altro; ovvero in
» caso di rifiuto, senza aver fatto da periti
» determinare i mezzi necessarj, onde la
» nuova opera non riesca di danno a' dritti
» dell' altro. *Art.* 583. *Leg. civ.*

Papiniano nel professare la massima, che non è lecito ad uno dei condomini il fare cosa alcuna senza l'assenso dell'altro nel muro comune, dispone le azioni da sperimentarsi nel caso si offenda questo divieto.

» Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse; unde manifestum est probibendi jus esse in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed et si in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat, potest; ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat hoc praetermisit; et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem: quod si quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur. *L.* 28. *D. Communi dividundo.*

Casus. Haec lex quatuor dicit. Ego, et tu habebamus rem communem: tu aliquid in ea re facere volebas, me invito non potes. Secundo quid si fecisti, et non denunciavi tibi cum potui? nunquid postea possum agere, ut tollas opus? et responde quod non, sed agam ad damnum tuum. Tertio dicit, pone quod consensi tibi aedificanti; certe non potero ad aliquid agere nec ad opus tollendum, nec ad damnum. Quarto dicit, quod si feceris me absente, hoc casu possum ad opus tollendum, et damnum agere. *Vivianus.*

Brunnemanno nel tacito consenso del condomino vede il motivo da chiedersi il risarcimento del danno, e non la demolizione di quello che si è fatto.

» Sed illud dubium quod si socius meus in re communi quid aedificaverit non possum agere ut tollat, quia non contradixi, et tamen possum agere de damno sarciendo si consensi tacite; cur de damno ago? R. non consensi, quia tamen faciendum non impendii, factum ut tollat, compellere eum non possum. *P. Barb. ad leg. Quae dotis* 94 *n.* 170 *D. sol. matr.* Alia limitatio regulae, si quid faciat in re communi quod alteri nocet, sibi vero prodest, ut si parietem incrustavit, et pinxit. *L.* 13. §. *ult. de serv. urb. praed.* Nam quando prohibentis nihil interest, oppositionis nulla habenda ratio est, ut judicatum dicit Sande *L.* 3. *tit.* 8. *def. un.* Sic reficere rem communem possum, etiam prohibente altero, si res opus habeat refectione, et habeo actionem communi dividundo etiam contra prohibentem *L.* 32 *D. de damno inf.* Idem favore religionis per *L. sunt personae* 43. *D. de religiosis* vel si fiat cum consensu judicis. *Brunnemanni Comment. ad Pandect. lib.* 10. *tit.* 3. *Communi divid. ad L.* 28. *n.* 7. *ad* 9.

» Il dritto di far degl'incavi nel corpo del muro comune » dice Pardessus » può far nascere più difficoltà. Questa espressione debbe intendersi nel senso che un vicino potrebbe fare un incavo per un armario, una nicchia, un tubo, un focolare di cammino? Noi nol pensiamo. Bisogna concertare l'esercizio di siffatto dritto con quello che ha il vicino di fare altrettanto dalla parte sua; poichè se questo vicino usasse nello stesso modo del suo dritto, non resterebbe tra essi alcuna separazione, o pure non ne resterebbe che una insufficiente. Per questo medesimo motivo non è permesso di aprir finestre o anche semplici luci, quantunque anguste nel muro comune.

» A più forte ragione uno de'comproprietarj non potrebbe costruire un cammino nella grossezza di questo muro.

» I soli incavi che ci sembrano autorizzati sono dunque quelli di travi, o travicelli, e per analogia, d' intelature di cammini, di morse di pietra, o di stanghe di ferro. *Pardessus. Trattato delle servitù n. 172.*

Osserva inoltre Toullier che » se è in libertà di ogni comproprietario di un muro comune di farlo servire a tutti gli usi ai quali è destinato, di forarlo per mettervi delle travi, e de' travicelli, di alzarlo ec. egli non può fare alcuna di queste opere senza il consenso dell' altro, o senza averlo interpellato. Egli non può secondo l'articolo 662 (583) praticare nel corpo del muro alcuno sfondato, nè applicarvi o appoggiarvi alcuna opera senza il consenso dell' altro, o in caso di rifiuto di costui, senza aver fatto da periti determinare i mezzi necessarj onde la nuova opera non riesca di danno ai dritti dell'altro.

» La necessità di richiedere il consenso dell' altro vicino è fondata sul principio di metter costui in istato di far valere i proprj mezzi di opposizione, se ne ha legittimi; e quando egli non ne abbia, di fare i preparativi necessarj onde non soffrir danno in seguito de' progettati lavori. La prudenza vuole, che si richieda un consenso in iscritto: la prova testimoniale che il vicino abbia acconsentito non sarebbe ricevuta; poichè trattasi di un dritto di fondo; di cui è indefinito il valore.

» Se il vicino ricusa di prestare il suo consenso bisogna farlo notificare per mezzo di un usciere, onde prevenirlo che s'intenda eseguire la tale opera nel muro comune; quindi è richiesto a prestare il suo consenso ovvero a proporre i mezzi di opposizione.

» Se dichiara di opporsi è necessario farlo citare in giudizio. Se si limita a negare il suo consenso non è sempre necessario di farlo citare in giudizio.

» Ove si tratta di opere alle quali non dee contribuire, nè per le quali faccia bisogno di penetrare nella sua casa o nel suo recinto, chi vuol farle può limitarsi a' termini dell' articolo 662 (583) a richiedere il consenso con una semplice notifica per mezzo di usciere; e ricusando di consentire può far determinare dai periti i mezzi necessarj affinchè la nuova opera non riesca di danno ai dritti dell' altro vicino; salva la sua personale responsabilità, e i danni interessi a' quali potrebbe venir condannato se i periti si fossero ingannati, e l'opera riuscisse dannosa ai dritti dell'altro vicino.

» Dopo questa notifica può far principiare le opere; e se in seguito l' altro vicino facesse opposizione, l'opera potrebbe venir continuata durante il giudizio a rischio, pericolo, e fortuna di chi l' ha principiata; e ciò a motivo di aver l'altro mancato di fare la sua opposizione quando fu citato a farla. Se per lo contrario si tratta di opere a cui l'altro vicino dee contribuire, o se è necessario di penetrare nella sua casa o nel suo recinto, è indispensabile di farlo citare in giudizio per far pronunziare in contraddizione con esso, o in sua contumacia.

» In tutti i casi in cui le opere sono intraprese solo per la particolare utilità di uno de'comproprietarj, per es. ove trattisi dell' innalzamento del muro comune, o della sua intera ricostruzione perchè non capace di sopportare la nuova fabbrica che vuol farsi, il comproprietario che vuol far l'opera dee non solamente pagare tutta la spesa del lavoro, ma benanche le spese di perizia, e le altre necessarie onde determinare il livellamento del muro, e per conservare i dritti del vicino, o per non recargli alcun pregiudizio.

» Inoltre poichè non è giusto che l' altro vicino risenta danno, se egli avesse da par-

te sua fabbriche cui fa mestieri di puntellare, o se dovessero prendersi altre precauzioni per loro sicurezza, solo quegli che fa le opere soggiacerebbe a tali spese, che si considerino far parte delle spese della ricostruzioue, perchè questa non può senza tali precauzioni eseguirsi. Quindi chi vuol far l'opera è obbligato di ristabilire nel loro stato primiero le tettoje, i pergolati, gli edificj ed altre simili cose che erano appoggiate all' antico muro. *Toullier. Corso di dritto civ. Tomo* 3 *n.* 106 *a* 208.

La suprema corte di giustizia con decisione de' 12 novembre 1825 consagrò la massima non esservi turbativa di possesso nelle opere fatte sotto l' occhio del coudomino, per cui non può chiedersi nè ordinarsi la riduzione *ad pristinum*; tanto maggiormente se queste opere riguardano la continuazione di fabbriche incominciate dall' antico padrone.

» *Fatto.* Il lato del vasto edifizio un tempo di appartenenza di Pignatelli Monteleone, sito calata S. Anna de'Lombardi è ora diviso nel seguente modo - La metà del primo piano si è per aggiudicazione deferito al signor D. Luigi Balzamo; l'altra metà alla signora baronessa Mandrini; il secondo, e terzo appartamento si appartiene anche come aggiudicatario al marchese de Vera d'Aragona. Ora costui avendo fatto alcune fabbriche nè cennati suoi appartamenti, il signor Balzamo *nunciavit novum opus*, ad oggetto di arrestarne il prosieguo, e nel tempo stesso, istituì avanti al giudice del circondario di S. Giuseppe giudizio di turbativa di possesso; ed in conseguenza chiese - Demolirsi le fabbriche fatte *de novo* come pregiudizievole alla sua proprietà, ed eseguite senza la di lui intelligenza.

» Il regio giudice spedì ordinanza d'inibizione ad arrestar le opere principiate; e si riservò di provvedere sulla turbativa, e la chiesta distruzione dello innovato. De Vera replicò, ch'egli si era giustamente servito del dritto, che gli dava il dominio della cosa comprata; anche perchè quello, che da lui si era fatto, non era che l' eseguimento della destinazione dell' antico padrone, compreso per conseguenza nell' acquisto come nella valutazione del fondo.

» A vista della replica cennata, si diede dal regio giudice incarico a tre periti, perchè conosciute le cose, e sentiti i rispettivi rilievi delle parti contendenti, dessero il loro parere sugli oggetti in contesa.

» I periti osservarono, che de Vera avea di recente costrutto un muro, cui avea dato spessezza maggiore, che al sottoposto, il quale nel primo piano forma divisorio tra gli appartamenti di Mandrini e Balzamo, e nel secondo funziona da muro spartimento.

» Osservano, che nello stesso suddetto appartamento si era suddivisa la residual parte dell' antica galleria corrispondente al suddetto appartamento di Balzamo con ricacciarvi tre stanze.

» Nel terzo appartamento poi, e sulla parte di galleria di Balzamo rinvennero principiato un muro di cui l'una parte, e l'altra, secondo i medesimi periti, avea la spessezza di palmi 2 ed once 4 1/2.

» Finalmente osservarono nel piano del signor Balzamo alcune antiche lesioni, che dissero alquanto risentite per le operazioni fatte da de Vera, attribuendo all' istessa cagione la caduta di due picciole porzioni d' intonaco da sotto della volta della scaletta del mentovato piano del signor Balzamo.

» Da tutto ciò conchiusero ch' era stato turbato il possesso del signor Balzamo; poichè prima delle operazioni summentovate, dovea precedere esame legale, onde assicurare, che i muri spartimenti del suo piano poteano sopportare le fabbriche, che de Vera voleva soprapporvi.

» Osservarono nel tempo stesso, che quantunque l'antica galleria si vedea in parte suddivisa, questa divisione non viene a cadere sulla proprietà di Balzamo, per cui opinarono, che su questa parte non vi era stata turbativa; anche perchè prima dell' acquisto fatto da de Vera, le mura delle stanze elevate sulla medesima aveano già l'altezza di palmi 6; da cui trassero argomento che colla compra acquistò il dritto di compierle.

» A vista di cotesto parere il regio giudice con sentenza de' 14 dicembre 1824, ordinò di esser lecito a de Vera di ultimare la costruzione delle stanze sulla galleria; e lo condannò a demolire tutte le altre fabbriche, ferma restando la inibizione.

» Contro di questa sentenza si appellò da una parte, e dall'altra. In contumacia di Balzamo il tribunale con sentenza confermata in grado di opposizione, commise agli architetti, Fazio, Parascandolo, e Cappelli la revisione del rapporto de' primi periti, dando loro incarichi speciali; 1.° di verificare cioè gli estremi rapportati da' primi periti in confronto de' gravami prodotti da de Vera; 2.° definiscano la proprietà de' muri partimentali a chi de due spetti: 3.° conoscano se vi siano danni avvenuti dalle nuove fabbriche: 4.° si occupino a definire se le fabbriche superiori sopra i muri maestri, e partimentali siano di maggior grossezza de' muri sottoposti in corrispondenza: 5.° nel caso, che le novelle mura fossero di maggior grossezza, questa nella sua tenuità, possa esser di danno stando soprapposta alla lamia. Coll'ordine d'incaricarsi benanche de' rilievi di Balzamo.

» I novelli periti osservano fra l'altro, che nel cennato secondo piano vi era vasta galleria corrispondente parte sul piano del signor Balzamo, e parte su quello di Mandrini, che ora si trova suddivisa in sette stanze due fatte dall'antico padrone, e cinque dal signor de Vera continuandone la divisione. Per eseguirla dissero, che si è profittato de' muri sottoposti al pavimento della gran galleria, de' quali uno funziona da muro divisorio, e gli altri di muri spartimenti.

» Sopra cotesti muri il signor de Vera ha elevato de' muri, tra quali uno eretto sul muro divisorio, che i primi architetti rinvennero di una grossezza maggiore del sottoposto per once quattro. Ora essi nuovi periti ad assicurarsi di questo estremo traforando il muro, dacchè non vi erano vani od altrimenti assicurarsene, trovarono, che anzi di essere più grosso di once quattro, lo trovarano due once meno, che l' inferiore.

» Il muro medesimo superiore ripartisce il vaso della galleria, e quella che resta sull' appartamento di Balzamo, rimane suddivisa con altre nuove mura, da cui si formano tre stanze una grande con muri tutti alla rustica, due piccole con mura arricciate - Si osservò che in continuazione della cennata suddivisa galleria vi erano altre quattro stanze, ove si trovò la tompagnatura di un antico vano, e l' apertura di un nuovo.

» Si osserva, che l'altezza della galleria toglieva il secondo appartamento, ora che parte dell'altezza si è aggregata al terzo, ambedue i piani presentando una continuazione di stanze; ed avvertirono, che detta divisione, nel senso dell'altezza, si era già adattata dall' antico proprietario, ed eseguito in parte.

» Assicurano che detti muri del 3.° piano li trovarono elevati all'altezza di due palmi circa, e della grossezza di un palmo, e mezzo; muri che hanno l'epoca di qualche anno.

» Dicono inoltre, che in una parte di uno de' suddetti muri trovarono una intelatura, che al tempo dell'accesso si disse fatta dopo la inibizione - Dietro coteste premesse rispondono a' quesiti.

» 1.° Il muro elevato sul sottoposto è di minore, non maggiore grossezza.

» 2.° Che la parte della galleria sull' appartamento di Balzamo era da de Vera suddivisa in tre stanze.

» 3.° In quanto alle antiche lesioni sulle volte, che i primi periti credettero alquanto risentite dalle nuove fabbriche, dissero che non n'erano convinti; tanto più che la semplice elevazione di mura a piombo delle altre sottoposte difficilmente può provocare risentimento di lesione nelle volte, che restano a fianco delle dette mura.

» 4.° Coll'autorità degli scrittori, ed a vista dell'articolo 585 delle leg. civ. dissero, che tanto i muri divisorj, che di facciata sono riputati muri maestri; e quindi comuni, ed indivisi. In conseguenza li spartimenti divisati sono di proprietà comune a de Vera, e Balzamo.

» 5.° Sul quesito della esistenza, od inesistenza de' danni, e del valore, rispondono di non esserci danni, e per conseguenza niun valore.

» Osservano ancora, che continuandosi le fabbriche con intelligenza e giudizio, come finora si è fatto, non vi sia a temer danno.

» Dicono finalmente, che per le stanze fatte dal signor de Vera non vi sia stato turbamento, dacchè incominciate dall'antico pa-

drone, ed in parte eseguite prima della vendita.

» Portata la causa alla decisione del tribunale, il medesimo elevò quistione unica. Vi è stata o no turbativa?

» Osservò, che le novità si erano fatte nell'anno utile a dedurre l'azione possessoria che tale fu il giudizio dedotto da Balzamo.

» Considerò, che le novità fatte da de Vera a colpo d'occhio si riconoscano nocive a Balzamo menate avanti senza il di lui consenso; e senza essersi provveduto in modo legale alla di lui indennità; quindi insulto gravissimo al possesso. Perciò, e senza intrattenersi sulle teorie assunte da' periti, che possono essere oggetto di azione di petitorio, trovò sempre sicuro, che de Vera non potea elevar le mura, senza il consenso del condomino, od il permesso del magistrato, per cui andiede ad una novità vietata, e quindi da emendarsi non meno su i dettami dell'articolo 583 che per i primi principj stabiliti nella *L.* 28 *D. Com. divid. ed* 11 *si servit. vindicetur*, ov'è vietato innovare sul fondo comune, invito il condomino. Ed osservò, che, se era valutabile il cominciamento dato alle fabbriche dall'antico proprietario, ciò non dispensava l'acquirente di conformarsi alle leggi citate. Dietro coteste considerazioni il tribunale ordinò la demolizione di tutte le fabbriche, e condannò de Vera alle spese della lite.

» Ricorso.

» I motivi sono distinti in sette capi, ma tutti possono ridursi alle idee seguenti.

» 1. La sentenza contiene eccesso di potere: urta all'ordine de'giudizj. Il giudizio istituito da Balzamo fu di nunciazione di nuova opera; quindi rimase esaurito colla inibizione. Il merito della nunciazione dovea vedersi dal tribunale come primo giudice, non in grado di appello. Violazione quindi del §. 4 dell'articolo 22 sulla leg. org, e dell'articolo 103 cod. di procedura. Ed è vero, che mentre il tribunale ricorda la regola, che non possa cumularsi il petitorio col possessorio, vi ha colla sua sentenza precisamente urtato.

» 2. Data al giudizio la figura di possessorio, l'ordine di demolirsi le fabbriche già fatte, non ave appoggio dalle leggi nuove, ed urta alle antiche. Nè nuovi codici non vi è disposizione, che lo permetta: è d'uopo per divenire a cotesto mezzo rovinoso, che si definisca, se l'autore abbia, o no avuto dritto di farle. Il giudice, che lo permette, senza cotesta indagine lo fa senza facoltà, e cade nel vizio dell'eccesso di potere. Può la demolizione ordinarsi solo: quando le fabbriche sieno fatte dopo la inibizione la sentenza urta pure a' canoni espressi nelle leggi latine registrate sotto il tit. del *D. de nov. oper. nunciat.*

» 3. Più grave è il torto ove si consideri, che Balzamo non era assente, e le nuove fabbriche furono eseguite sotto i suoi occhi. Anzi si era dedotto, ed il giudice, che ne aveva indizj, potea verificarlo: potea assicurarsi cioè, che l'oprato di de Vera, era sostenuto anche dall'espresso consenso del medesimo. Il magistrato, che può assicurarsi di un fatto controverso, non dee pronunziare nell'incertezza. La idea di turbativa fu arbitraria, ed imprestata per consumar un valore di più migliaja.

» 4.° Astrazion fatta dalle cose premesse, crede de Vera, che la maggior dell'ingiustizia sia nell'ordinar la demolizione anche delle stanze principiate dall'antico padrone. La ultimazione delle medesime non presentava novità, ma l'esercizio di un dritto acquistato coll'aggiudicazione del fondo: senza dubbio a continuare le fabbriche principiate, non vi era bisogno di permesso. Tutti i periti riconobbero questa verità.

» 5.° Aggiugne, che a' termini dell'istesso art. 583 il condomino, od il vicino, che voglia appoggiare sul muro divisorio, deve farlo con intelligenza, onde non si rechi pregiudizio all'altro. Le perizia assicura di essersi così fatto: dunque non vi era motivo a doglianza, ed a demolizione di un'opera innocentemente fatta, e senza danno. Mala applicazione del detto articolo, e della *L.* 11. *Si servitus vindicetur e* 28 *comm. divid.*

» Udito il rapporto presenti gli avvocati D. Filippo Carrillo, e D. Camillo Ponticelli pel ricorrente, e D. Raffaele Albano pel convenuto, ed inteso il pubblico ministero che ha chiesto l'annullamento della sentenza impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo

dritto alle conclusioni del pubblico ministero - Vista la sentenza: Visto il ricorso - Vista la *L. 1 e 14 D. de novi oper. nunciat.* Visto il n. 1 e 4 dell'art. 27 della legge org. sull'ordine giudiziario: Visto l'interdetto *quod vi aut clam.*

» Attesocchè il pretore, nel caso di nuove fabbriche, introdusse il dritto della nunciazione della nuova opera, ad impedirle, e per le opere fatte *in vetitum*, vi provvide coll'interdetto *unde vi aut clam*, per ridurle *ad pristinum*. Secondo le nuove leggi, il giudice locale è competente per la nunciazione di nuova opera a solo oggetto d'impedire ogni innovazione; ed essendo la nunciazione un interdetto, ove l'intimato si arresta, cessa la competenza del pretore. Qualora continui le opere principiate, può ordinarne la demolizione; senza vedere, *se jure*, *vel injuria* sieno fatte. Il legislatore perciò disse, che gl'interdetti *prohibitoria*, *et restitutoria sunt.*

» Nella specie il marchese de Vera d'Aragona avea già elevate fabbriche nel di lui appartamento superiore a quello del signor Balzamo, quando fu da costui chiesta l'inibizione, ed ordinata dal giudice. Or poichè l'inibito si ristette, come terminò qui la competenza del regio giudice, fu incompetente per tutto il resto.

» Nè ciò è men vero, dacchè al libello di nunciazione si erano giunte parole di turbativa di possesso. Avvegnacchè vi è azione possessoria nel caso, che il possessore sia privato, o turbato dal godimento di un fondo, o di un dritto per esservi conservato, o reintegrato. Balsamo non disse, che de Vera si era introdotto nel suo appartamento, o che gliene avea impedito l'uso; l'assunto fu, che avea fabbricato sù muri di spartimento di sua proprietà, e su muri divisorj comuni ad ambedue, senza il di lui consenso, o il giudizio de' periti richiesto dall'art. 583 delle leggi civili. Ma niuna delle due posizioni andava agl'interdetti *adipiscendae vel recuperandae*, *vel retinendae possessionis*, per cui è competente il giudice locale.

» Oltreacciò essendosi dal marchese de Vera dedotto, ed assicurato dalla perizia eseguita per ordine del tribunale, che le fabbriche fatte per ordine del detto de Vera erano in continuazione delle opere principiate dall'autor comune, e non pregiudizievoli all'appartamento sottoposto del signor Balzamo, non si trova giustamente chiesto l'interdetto. Il padrone, che fa servire una parte del suo edificio all'altra, non costituisce servitù, *res sua nemini servit.* Ma se le due parti vanno poi ad appartenere a due diversi proprietarj, senza, che nulla si convenga all'oggetto, le servitù rimangono *ex destinatione patris familiae.* E cotesta circostanza dovea entrare nel calcolo della giustizia del tribunale per vedere così del dritto ad impedire, che della competenza del regio giudice a prenderne conoscenza. La ommessione urta all'art. 219 della legge org. come all'art. 22 della legge medesima.

» La quistione mossa, se i muri spartimenti del piano inferiore, sieno comuni, come i muri divisorj, o solo diano dritto di servitù al padrone dell'appartamento superiore, rendea vieppiù sicura l'incompetenza del regio giudice; dappoichè essendo in questo caso la quistione del possesso congiunta alla quistione del dritto, di che se ne hanno più esempj in diversi titoli del lib. 43 del digesto relativo agl'interdetti, cessa l'azione estraordinaria, e la causa rientra nel demanio del tribunale, sempre che trattasi di oggetto di somma indeterminata, com'è nella specie.

» Veduta poi la causa nelle linee di un muro comune, dacchè trattasi di un'opera fatta *palam*, e sotto l'occhio del condomino, non già *vi*, *aut clam*, meno si era al caso di turbativa; e su dettami della *L. 18 D. comm. divid.* citata dal tribunale in appoggio alla sentenza di demolizione, non potea chiedersi, e meno ordinarsi la riduzione *ad pristinum*; dappoichè com'è vero, che il socio può impedire, che il condomino innovi sul fondo comune, dopo fatta la innovazione non ha dritto di chiedere, che si tolga; *ut tamen opus factum tollat cogi non potest*; e resta il dritto alla rata del prezzo del suolo occupato. Sicchè il tribunale ha violata la legge che ha preso per guida.

» Più; dopo che i periti aveano assicurato, che le fabbriche incominciate dall'antico

padrone, continuandosi con avvedimento, come si faceva, non recavano pregiudizio al signor Balzamo, si trovava comunque tardivamente soddisfatto al voto dell' art. 583 delle leggi civili.

» Ond'è, che si è agito incompetentemente nella causa, e si sono travedute le linee dell' equo, e del giusto nel pronunziare la demolizione di un' opera, che solo per essere *innoxiae utilitatis*, dovea rispettarsi, almeno finchè il signor Balzamo non faccia conoscere l'opposto, o mostri un titolo che gli dia dritto ad impedire il possesso dell'opera, ed a distruggere il fatto.

» Per siffatti motivi la corte suprema annulla la sentenza impugnata: rimettendo le cose nello stato precedente alla medesima, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera dello stesso tribunale civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 26. Ciascuno può costringere il suo
» vicino a concorrere nelle spese di costru-
» zioni, o di riparazioni de' muri che divi-
» dono le loro case, cortili, e giardini si-
» tuati nelle città, e ne' sobborghi. L'altez-
» za di essi sarà determinata secondo i re-
» golamenti particolari, o secondo gli usi
» costantemente ricevuti; e non essendovi
» usi o regolamenti, ogni divisorio da co-
» struirsi o riedificarsi in avvenire, dovrà
» essere nelle città di cinquantamila anime
» o più, almeno palmi dodici, e mezzo di
» altezza, compreso il cornicione; e nelle
» altre città palmi dieci. *Art.* 584 *Leg. civ.*

» Si oppose » osserva Maleville » che questo articolo restringeva la libertà dei proprietarj cui doveva essere concesso di alzare ad arbitrio loro i loro recinti. Ma venne risposto, che l'articolo non toglieva ai proprietarj questa facoltà, quando fra loro fossero di accordo; e che si aveva voluto soltanto parlare del caso in cui un vicino forzasse l' altro a cingere di muro il proprio podere. Questa osservazione fu registrata nel processo verbale, affine di togliere i dubbj, che potessero per avventura insorgere.

» Ma i proprietarj delle case, delle corti, e dei giardini nelle città e ne' sobborghi sono eglino obbligati di costruire un recinto loro malgrado, e senza che vicendevolmente un proprietario il richiegga all' altro? Molte consuetudini lo prescrivono formalmente, e la sicurezza pubblica sembrava pure che lo esigesse. Ciò non ostante fu di avviso il consiglio che non potesse darsi quest' obbligo se non se agl' individui di una popolazione alquanto numerosa. Questa decisione non tolse la difficoltà; imperciocchè cosa intendesi mai per una popolazione alquanto numerosa? Bisognava determinarla.

» Si mosse finalmente questione sull' altezza del recinto, quando un proprietario è obbligato a fabbricarlo. Disse taluno, che se questo si volesse elevato dieci piedi dal suolo, la luce del sole nelle contrade di alcune città verrebbe intercetta. Si deliberò in conseguenza di non derogare agli usi locali, fra i quali senza dubbio la disposizione delle particolari consuetudini tiene il primo luogo. Laddove però questi usi locali mancassero, si stabilì di portare l' altezza del recinto alla misura indicata nell' articolo. *Maleville. Osservazioni all' art.* 663 *del cod. civ.*

La disposizione dell'articolo in esame,, ci fa inoltre osservare Toullier,, essendo contraria alla libertà naturale non è capace di estensione alcuna. Essa è applicabile solamente alle case ai cortili ed ai giardini, e non già ai campi coltivati, o ai prati posti nei sobborghi, alle spalle delle case, e de' giardini. Se un ricco uomo volesse convertirli in giardini, o anche fabbricarvi una casa, egli non potrebbe forzare il proprietario del campo vicino a contribuire pel muro divisorio, o a rilasciargli la metà del suolo sopra il quale dovrebbe esser edificato questo muro.

» Altro però sarebbe se ingrandendosi la città si stabilissero nuove strade nei siti, dove non vi erano che terre coltivate, e praterie.

» Per sobborghi s' intende la continuità delle case, che son fuori le porte di una città *continentia urbis aedificia L.* 2 *e* 147 *D. de verb. signif.* Quando cessa questa continuità, non vi sono più sobborghi. *Toullier. Corso di dritto Tomo* 3 *n.* 165 *e* 166.

» §. 27. Quando i differenti piani di una
» casa appartengono a più proprietarj, se i
» titoli di proprietà non determinano il mo-
» do delle riparazioni, e ricostruzioni, deb-
» bano queste farsi nel modo che siegue.

» I muri maestri, ed i tetti sono a carico » di tutt' i proprietarj, ciascuno in propor» zione del valore del rispettivo suo piano.

» Il proprietario di ciascun piano fa il pa» vimento su cui cammina, come trovasi co» strutto o a volta o a travi.

» Il proprietario del primo piano forma la » scala che vi conduce: quello del secondo » prosiegue la scala dal primo al secondo pia» no: e così di seguito. *Art.* 585. *Leg. civ.*

Su i muri maestri che sono a carico di tutti i proprietarj osserva Toullier essere » necessario di fare un apprezzo, o sia una estima particolare di ogni appartamento, per indi fissare la contribuzione di ciascuno con una regola di proporzione. Ma bisogna notare che in questa stima non si dee aver riguardo agli ornamenti ed abbellimenti che il proprietario di ogni appartamento abbia potuto fare a sue proprie spese, come i dadi, o zoccoli, le volte dipinte, le pitture ec. Ogni appartamento debb' essere apprezzato come se fosse nudo, ed a ragione soltanto della sua grandezza, e del suo comodo, e per conseguenza non a ragione del valore dell' affitto, che è sempre maggiore per gli ornamenti, e gli abbellimenti. *Toullier. Corso di dritto civile. tomo* 3. *n.* 223.

» §. 28. Ricostruendosi un muro comune, » o una casa, si ritengono le servitù attive » e passive, anche a riguardo al nuovo mu» ro o alla nuova casa, senza che possano » rendersi più gravose, e purchè la ricostru» zione siegua prima che sia acquistata la » prescrizione. *Art.* 586. *Leg. civ.*

Così Paolo.

» Si testamento damnatus heres, ne officeret vicini luminibus, servitutemque praestaret deposuit aedificium (*in quo servitus legata erat, et aliud novum sustulit*) concedenda erit legatario (*cui servitus legata erat*) actio utilis (*non directa, quia non est illud aedificium cui servitus imposita est*) qua prohibeatur heres, si postea extollere supra priorem modum aedificium (*scilicet novum*) conabitur. *L.* 30 *D. de servitutib. urb. praed.*

Casus: Heredem meum damnavi ne domus tuae luminibus officeret. Si heres destruxit illam domum, ex qua debeatur servitus, et postea reficere velit, competit tibi utilis actio, ut heredem prohibeas altius reaedificare. *Vivianus.*

Brunnemanno da questa legge trae la massima, che in un edificio già costituita la servitù, questa siegue sempre l' edificio stesso.

» Testator damnavit te heredem suum ut meis aedibus constitueres servitutem luminum: tu destruis aedes hereditaria, forte eo fine, ut a servitute liberares, postea denuo aedificas, et vis altiores aedes extruere; quaeritur an possim prohibere? Videtur quod non; quia aedificio destructo amissa est servitus. Sed affirmatur, quia datur utilis actio; licet non directa *hic et L.* 20 §. 2 *h. t.* nam voluisti circumvenire testatoris voluntatem. Restituto ergo aedificio, restituitur servitus, quia idem aedificium intelligitur, sed non datur directa, sed utilis vindicatio. *Brunnemanni Com. in Pand. lib.* 8. *tit.* 2. *de serv. urb. praed. ad leg.* 30.

» Le servitù » osservano gli autori delle pandette francesi » essendo attaccate ad un fondo sopra un altro fondo, e non potendo senza di essi sussistere, ne siegue in rigore di dritto, che si estinguono, se uno de' due fondi è distrutto per qualsivoglia causa; ed in conseguenza non sussistono più, benchè un' altro fondo abbia preso il luogo del primo.

» Ma l' equità ha fatto ammettere che in questo caso esse risorgerebbero colla condizione che non si potessero aggravare. Bisogna aggiungere *nè rendere l' esercizio più difficile colla nuova costruzione. L.* 30 *D. de servitutibus urb. praed.*

» È certo che la ricostruzione debb' esser fatta avanti il tempo della prescrizione, perchè diversamente la estinzione della servitù è deffinitiva.

» Nondimeno fa d' uopo osservare che questo non si verifica che riguardo al fondo dominante. Se io ho sopra di voi un dritto di prospetto o qualunque altra servitù, e se la mia casa essendo demolita, io sono stato trent' anni senza riedificarla, voi avete acquistata la libertà, ed io non posso più pretendere una servitù.

» Non è però così del fondo serviente. Se nello stesso caso voi riedificate a capo a trent' anni o anche più, siete sempre soggetto alla

medesima servitù verso la mia casa, perchè io ne ho goduto sul terreno della vostra. *Osservazione all' art.* 665 *del cod. civ.*

» §. 29. Tutte le fosse tra due fondi si » presumono comuni, se non vi è segno o » titolo in contrario. *Art.* 587. *Leg. civ.*

» La larghezza di queste fosse, dice Pardessus, si presume presa sopra ciascuno dei fondi, che separano. I proprietarj di questi fondi posseggono il fosso per indiviso, di modo che l'uno può sopprimerlo senza il consenso dell'altro. Esso è mantenuto a loro spese comuni; il getto di terra provveniente dal nettamento loro appartiene egualmente; e ciascuno di essi dee vegliare e concorrere alla sua conservazione nella stessa guisa che per un muro comune. *Pardessus. Trat. delle servitù n.* 182.

» §. 30. È un segno che la fossa non è » comune, se si trovi lo spurgo o il getto » della terra da una sola parte della fossa. » *Art.* 588. *Leg. civ.*

Che si dirà se la fossa è comune, e che non vi sia getto della terra da veruna parte? Vi è presunzione di comunione. Ma osserva Delvincourt » se in questo caso un solo de' fondi è in stato di chiusura dovrà conchiudersi che la fossa appartenga esclusivamente al fondo chiuso come vien deciso per la siepe dall' articolo 670 (591)? Io penso che la questione debb' essere decisa secondo le circostanze, e che in loro mancanza dee aver luogo la presunzione di non comunione, come per la siepe - *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 8. *nota* 76 *al tit.* 4.

» §. 31. La fossa è considerata di perti» nenza esclusiva di colui, dalla cui parte esi» ste il getto della terra. *Art.* 589. *Leg. civ.*

» La fossa comune dee mantenersi a spe» se comuni *Art.* 590. *Idem.*

» S' intende per comunione » dicono gli autori delle pandette francesi » il dritto di conproprietà appartenente a due vicini sopra qualsivoglia oggetto, che forma la separazione de' loro fondi, come un muro, un ruscello, un fosso, una siepe, un albero ec.

» La comunione offre naturalmente l'idea di una conproprietà eguale e per metà. Questa intanto può ridursi ad una parte minore, come un quarto, un terzo, o qualunque altra frazione. Può dividersi e suddividersi tra più proprietarj *pro rata* delle loro proprietà o per effetto delle loro convenzioni; e quando si tratta di contribuzione per la cosa comune, si fa in ragione proporzionata a' dritti di ognuno.

» La comunione suppone che ciascuna parte abbia cooperato alla confezione dell'oggetto comune, sia col benefizio di una porzione del suo fondo, sia con altri mezzi, come l' acquisto a prezzo di danaro Essa può essere altresì stabilita col solo effetto di una convenzione, benchè uno de' due vicini abbia fatto solo tutte le spese della separazione.

» Con questi titoli da principio, indi col possesso, e finalmente co' segni o marche indicative, si giudica della comunione. In mancanza di tutte queste prove o indizj, essa è sempre presunta.

» Quindi quando gli avanzi dello scavo di un fosso sono stati gittati da' due lati, si giudica comune, perchè se fosse appartenuto ad un solo, l'altro vicino non avrebbe avuta la compiacenza di ricevere questo residuo, e di lasciarlo così distendere sul suo suolo.

» Se al contrario questo avanzo si trova da una parte, è segno di non comunione. Il fosso si giudica appartenere esclusivamente a colui dalla di cui parte questi avanzi di terra si trovano, perchè vi è motivo da credere che il proprietario di questo fondo non ha sofferto di caricarsi del residuo dello scavo, se non perchè ha preso il fosso tutto intiero nella sua cosa.

» I fossi che separano le proprietà sono di tre sorte.

» Ve ne sono di quelli che servono di ruscelli per lo scorrimento delle acque piovane, e pel disseccamento delle terre vicine. Essi sono sempre riputati comuni tra le possessioni giacenti lungo le rive de' fiumi, ed appartengono a' loro proprietarj secondo la larghezza delle loro possessioni. Non è loro permesso di sopprimerli; anzi sono obbligati di mantenerli, e nettarli a spese comuni. Neppure è lecito all'uno o all'altro proprietario, non ostante il carattere di comunione di questi fossi, di abbandonare la sua parte all'altro per isgravarsi di queste spese. Questo non

può aver luogo, che col reciproco consenso

» I fossi della seconda specie sono quelli che sono comuni o divisorj per titoli, i quali sono destinati a servire di separazione fra le due possessioni, ed a proibire il passaggio dell'una all'altra. Questi fossi debbono esser presi per metà sull'uno e l'altro fondo. Il mantenimento, come il nettamento e lo scoscendimento si fanno a spese comuni; e l'uno de' proprietarj può fare all'altro l'abbandono della comunione per isgravarsi dalle spese.

» Questo abbandono debb' esser fatto con una dichiarazione in buona forma; e perchè produca il suo effetto, fa d'uopo cedere col fosso un piede di larghezza sulla possessione, incominciando dall' argine o sponda più alta del fosso, e in tutta la sua lunghezza.

» Col mezzo di questo abbandono così eseguito, l'altro vicino diventa l'unico proprietario del fosso. Egli solo è gravato del suo mantenimento, senza avere però il dritto di piantare o seminare cos'alcuna sull'argine o sponda più alta, nè sul piede di terreno al di là del fosso dalla parte del vicino che ha fatto l' abbandono.

» Colui che l' ha ricevuto non può riempire il fosso. Se lo fa, l'altro vicino può riprendere la comunione, cioè la metà del fosso, e riunirla alla sua possessione senza indennità; per la ragione che ha fatto l'abbandono soltanto per godere del vantaggio di una separazione, e colla condizione di mantenere il fosso.

» Finalmente i fossi della terza specie sono i piccoli fossi asciutti che si fanno da' due vicini in comune, tanto per marcare la linea di separazione delle loro possessioni, che per impedire che vi si stabilisca il passo.

» Quegli de' due che non vuol mantenere il fosso può riempirne la metà dalla sua parte senza il consenso dell' altro, e coltivarla come prima.

» Uno de' vicini non può costringer l'altro a contribuire allo stabilimento di un fosso per chiuderlo rispettivamente, o per qualunque altro oggetto. Ma resta in libertà dell'uno e dell'altro di farne uno, col carico di prenderne tutta la larghezza sul suo terreno: osservando però che, siccome non ostante questa precauzione, potrebbe nuocere al suo vicino, se incominciasse precisamente il fosso sulla linea separativa, perchè la terra insensibilmente si fermerebbe nel medesimo, dee lasciare al di là di questo una larghezza convenevole per prevenire un tale inconveniente. Questa larghezza dipende dalla natura de' terreni; e debbe altresì gittare dal suo lato le terre che provengono dallo scavo, come pure le immondizie quando lo fa nettare.

» La presunzione della comunione in caso di mancanza di titoli o marche, non ha luogo se non allorchè le terre dell' una e dell' altra parte sono della stessa natura; imperciocchè se sono di nature differenti si reputa che il fosso appartenga a quello de' due vicini che ha interesse di chiudersi. Per esempio, se questo fosso si trovasse tra vigne e terre coltivabili, si reputerà appartenere al proprietario delle vigne. Alcuni statuti avevano queste disposizioni.

» Siamo di parere che questa presunzione debba cessare dopo il codice civile che non ne fa alcuna distinzione.

» Si domanda: quando in una vendita si dice che il terreno venduto è confinante co' fossi, questi fossi fan parte della vendita? Bisogna rispondere di no, perchè la designazione de' confini indica il fine della proprietà, ed in conseguenza non vi sono compresi. *Fundi nihil est nisi quod in se continet.* Bartolo è di parere contrario, ma la sua opinione fondata sopra ragioni più sottili che solide non è stata ammessa.

» Quanto alle siepi, il codice civile ammette la distinzione che una volta aveva luogo pe' fossi, relativamente all' interesse che uno de' vicini piuttosto che l'altro, ha di chiudersi.

» Quando vi è un canale o un getto di terra a piè della siepe si reputa appartenere al proprietario del fondo dalla parte del quale si trova questo canale o getto di terra, perchè se la siepe fosse comune e presa sull'una e l'altra parte del fondo, il getto di terra sarebbe stato diviso tra i due proprietarj.

» Frequentemente le siepi servono di recinto alle proprietà rurali.

» Allora si pongono in uso siepi vive o siepi secche. Queste ultime sono composte di legni morti e secchi legati insieme, che si rinnovano tutti gli anni.

» Le siepi vive si compongono di spine nere o bianche, di rovi, sambuchi, carpini, aceri, rosai bianchi, ed altri alberi che si fortificano colla vegetazione, e somministrano recinto così buono, e spesso ancora più sicuro di un muro. *Osservazione all' articolo 670 del codice civile.*

» §. 32. Ogni siepe divisoria de' fondi è » riputata comune, eccettuato il caso in cui » un solo fondo fosse in istato di esser cin» to, o non si abbia titolo o possesso suffi» ciente in contrario. *Art.* 591 *Leg. civ.*

Non è inopportuno osservare con Pardessus che » se tra la siepe ed uno dei due fondi che separa esiste un fosso, la siepe è da considerarsi appartenere a colui di cui tocca immediatamente il podere. Di fatti o il getto della terra è dalla sua parte, ed allora riputato per legge proprietario del fossato, lo è a più forte ragione della siepe che si trova fra il suo fondo e questo fossato medesimo: o il getto è dalla parte del vicino ed allora questi, chiuso da un fossato che è suo non si può presumere che sia proprietario al di là: bisognerebbe deciderlo egualmente anche quando il fossato fosse comune. *Pardessus. Trat. delle servitù. N.* 188.

Dalla corte di cassazione di Parigi si stabilì la giurisprudenza potersi intentare l' azione possessoria su di una siepe che divide un fondo dall' altro. Decisione de' 8 vendemiale anno 14.

» Il signor Jarnan aveva schiantata una siepe che divideva il suo giardino dalle proprietà della signora vedova Melquin, quando questa gl' intimò *de reintegranda.*

» Jarnan sostenne ch' era proprietario della siepe, e che l' attrice non ne aveva giammai avuto il possesso.

» Dopo una produzione di pruove, il giudice di pace di Barbézieux pronuncia il 1 fiorile, anno 12, una sentenza definitiva, che rimette interamente nel possesso annale la vedova Melquin.

» In appello, il signor Jarnan sostiene che, secondo l' articolo 670 del codice civile, l' azione *de reintegranda* annale non poteva più aver luogo per una siepe; che, a termini di questo articolo, qualunque siepe è divisoria, o di proprietà esclusiva dell' una delle parti; che l' una di esse non può averne la proprietà e l' altra il possesso; che per conseguenza il giudice di pace non poteva più conoscere delle azioni possessorie in questa materia.

» Li 28 termidoro, anno 12, sentenza del tribunale di Barbézieux che rigetta queste ragioni, e dichiara essere stato competentemente giudicato dal giudice di pace; atteso che non trattasi che di un'azione possessoria di speciale sua attribuzione.

» Jarnan ricorre in cassazione; e come d' avanti i primi giudici sostiene, che l' articolo 670 del codice conferisce la proprietà esclusiva della siepe a quello che ne gode in virtù di titolo, o finalmente a quello che per titolo ha un possesso immemorabile.

» Se non vi ha alcun fondo chiuso; se i proprietarj non hanno titolo; s' essi non hanno il possesso richiesto, cioè il possesso di trent' anni almeno, la siepe dividente è in allora di proprietà comune dei due vicini: essa è una siepe divisoria.

» Tal' è in oggi il diritto riguardo a ciò in fatto di siepi dividenti; se ne ha la proprietà esclusiva, o la proprietà indivisa. Non evvi più questo dimezzo, o quella proprietà mista risultante da un possesso annale che altra volta conoscevasi; quindi il codice ha voluto semplificare una parte, che sempre produceva grandi imbarazzi. Ha voluto togliere quelle distinzioni di azioni in possessorio o in petitorio, colle quali dopo aver ottenuta ragione sopra dell' una, bisognava ancora agire e far decidere sopra dell'altra, e colle quali la prima sentenza trovavasi sovente senza effetto, perchè quella che interveniva sul merito erale contraria.

» Le parole: *ogni siepe dividente è riputata comune, eccettuato il caso in cui un solo fondo fosse in istato di essere cinto, o non si abbia titoli o possesso sufficiente in contrario*, non danno luogo ad altra quistione fuor di quella se vi sia un titolo o possesso sufficiente. In questi due casi la siepe appartiene totalmente a quegli che ha l' uno o l' altro; quando non vi è nè l'uno nè l' altro di questi, è comune.

» Tale era precisamente la circostanza in cui trovavansi quì poste le parti. Dovevasi

dunque dichiarare la siepe dividente. Aggiudicandola in totale alla vedova Melquin, il tribunale di Barbézieux ha apertameute violato l'articolo 670.

» La corte.

» Sopra le conclusioni del signor Giraud S. P. G.

» Atteso che, secondo l'articolo 670 del codice civile, si può prescrivere una siepe dividente con un possesso sufficiente; per conseguenza si può esclusivamente possedere una siepe, e quegli che ha un tal possesso, essendone turbato, può querelarsene: dunque lungi che l'impugnata sentenza abbia violato l'articolo 670, vi si è anzi perfettamente conformata.

» Rigetta ec.

» §. 33. Non è permesso di piantar alberi di alto fusto se non alla distanza prescritta dai regolamenti particolari attualmente vigenti, o dalle usanze del paese costanti, e ricevute; ed in mancanza degli uni, e delle altre, alla distanza di palmi sette, e mezzo dalla linea di separazione di due fondi, per gli alberi di alto fusto, e palmi due per gli altri alberi, e siepi vive. *Art.* 592 *Leg. civ.*

,, Nella legge 13 *D. finium regund.* osserva Maleville ,, vi ha un regolamento relativo alle distanze che si debbono osservare nei diversi lavori che si fanno. Essendo notabile per la sua antichità e per la bellezza della sua origine, mi cade in animo di riportarlo. È una legge di Solone inserita in quelle delle dodeci tavole.

Si quis sepem ad alienum praedium fixerit, infoderitque, terminum ne excedito. Si maceriam, pedem relinquito: si vero domum pedes duos. Si sepulcrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habebit, tantum spatium relinquito: si puteum passus latitudinem, at vero oleam aut ficum, ab alieno ad novem pedes plantato, caeteras arbores ad pedes quinque.

,, Recherà al certo meraviglia, che Solone prescrivesse la distanza di nove piedi nelle piantagioni dei fichi, e degli ulivi, e poi si appagasse di quella di cinque nella piantagione degli alberi maggiori. Ma ponendo mente alla differenza de' climi e delle produzioni non si giudicherà più singolare un tale regolamento. A seconda del medesimo il codice nostro ha voluto, che gli usi de' diversi paesi decidessero di siffatte distanze; e solo in mancanza di speciali regolamenti ha designato lo spazio, che si dee intermettere fra una piantagione, e l'altra. *Maleville. Osservaz. all' art.* 671 *del cod. civ.*

,, §. 34. Il vicino può esigere che gli alberi, e le siepi piantate ad una distanza minore sieno estirpate.

,, Quegli sul cui fondo s'inoltrano i rami degli alberi del vicino, può costringerlo a tagliarli.

,, Se poi le radici s'inoltrano nel suo fondo, può egli stesso tagliarle. *Art.* 593. ,, *Leg. civ.*

Sulla denominazione di alberi *V. Beni immobili* §. 3. Su gli alberi poi che non possono tagliarsi senza un autorizzazione superiore. *V. Boschi* §. 1. *Leg. de'* 18 *ottobre* 1819 *art.* 16. 95. *e seguenti.*

Può il vicino esigere, che gli alberi e le siepi piantate accosto ai suoi poderi, cioè più presso che non permette la legge, sieno dopo il decorso di trent' anni diradicate? La giurisprudenza, risponde Maleville, si opponeva a simile pretensione; ed a favore del padrone degli alberi o delle siepi militava la prescrizione. Così dev'essere ancora.

,, Intorno ai rami pendenti sul podere del vicino si distinguevano gli edificj dai fondi su cui questi rami si riversavano. Se venivano a cadere sopra un edificio, l'albero doveva essere tagliato rasente il suolo, se sopra un terreno bastava tagliare i rami a quindici piedi dal suolo. *L.* 1 §. *ult. D. de arbor. caed.*

,, Al padrone dell' albero si concedevano tre giorni per raccogliere le frutta cadute sul terreno altrui, o che queste frutta venissero da rami pendenti ad una elevazione minore di quindici piedi, o ad una elevazione maggiore. *L. un. D. de glande leg.* Coquille quest. 274 dice che in Francia si praticava diversamente, e che il padrone del fondo aveva dritto di ritenere i frutti caduti; ma egli è certo che tale usanza non era generale.

» Ora non vi potrà essere contrasto. Il padrone del fondo sopra cui pendono i ra-

mi ha il dritto di farli tagliare a qualunque altezza sieno, ed egli eserciterà infallibilmente questo dritto, se il padrone dell' albero non consente che ne raccolga i frutti.

» In riguardo alla pendenza de' rami non si ammetteva prescrizione, molto meno si può ammettere adesso. *Maleville. Osservaz. all' art.* 672 *del cod. civ.*

Delvincourt pei rami pendenti siegue la stessa distinzione dei romani riportata da Maleville; per cui giova riportare il testo della legge. *Differentia duorum capitum interdicti haec est: si quidem arbor aedibus impendeat succidi* (a stipite) *eam praecipitur: si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. L.* 1 *§. ult. D. de arboribus caedendis.* Presso di noi, egli siegue, non vi è distinzione. Quando l'albero è ad una richiesta distanza, il vicino non può domandare che il troncamento de' rami.

» Cosa è a dirsi riguardo ai frutti pendenti dai rami che s'inoltrano e sporgono sul fondo del vicino? Essi appartengono sempre al proprietario dell' albero. Il vicino ha dritto a richiedere solamente che sieno tagliati. Non mi uniformo inoltre al parere di alcuni autori, i quali stimano che se il fondo vicino è chiuso, il proprietario dell'albero abbia il dritto di entrarvi per coglierri i suoi frutti. Egli coglierà quelli che potrà dalla sua parte; il resto sarà perduto per lui, salvo la buona volontà del vicino.

» È da notarsi però che il vicino il quale ha dritto di domandare il troncamento de' rami, non può fare questa domanda che a tempo opportuno; specialmente se siano alberi fruttiferi, vale a dire al momento del taglio, potendo il troncamento de' rami in altra epoca cagionare un gran pregiudizio all' albero ».

Su le *radici che s'inoltrano* nel fondo del vicino il quale *può egli stesso tagliarle* il medesimo giureconsulto prosiegue. » Questa differenza perchè? Prima perchè gli è molto più facile di tagliar le radici senza uscire dal proprio terreno, che di troncare i rami; ed in secondo luogo perchè la maniera di tagliar le radici è molto indifferente per la vita dell' albero, in luogo che il troncamento de' rami può farsi di un modo più o meno nocivo. La corte di cassazione ha anche deciso il 15 febbraro 1811 forse alquanto rigorosamente che il proprietario il quale si permette egli stesso di troncare i rami degli alberi che s' inoltrano sul suo terreno, commette un delitto punibile correzionalmente *Delvincourt. Corso di dritto civile - Nota* 107 *e* 108 *al titolo* 4. *vol.* 3.

» §. 35. Gli alberi situati nella siepe co-
» mune sono di ragione comune come la sie-
» pe; e ciascuno de' due proprietarj può chie-
» dere che sieno abbattuti. *Art.* 594. *Leg. civ.*

Ubero su la comunione degli alberi situati nella siepe comune fa osservare che in ragione delle radici che essi stendono sul suolo dei proprietarj, la proprietà si acquista dai proprietarj stessi.

» Eadem ratione qua solum trahit aedificium, planta quoque in alieno posita, cum radices egit terrae domino jure accessionis addicitur. Cui et alia ex causa debetur; nempe quod arbor actis radicibus alimentum ex solo capiat ac ita paulatim nova fiat omnemque substantiam fundo cui imposita est, acceptam ferat. Corpora enim viventia ut Alfenus ex philosophis in 76. de Iud. tradit *ex quibus particulis minimis consistunt hac quotidie ex eorum corpore decedunt, aliaeque extrinsecus in earum locum accedunt*, ex alimento scilicet, cum nutritio nihil sit aliud quam instauratio partium quae diffluxerunt. In eandem sententiam Paulus in *L.* 26 §. 2. *de acq. rer. dom.* Si arbor quae coaluerat *rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur*, inquit; *nam credibile est, alio terrae alimento aliam factam.* Idque in tantum valet, ut si arbor, cujus stirps, truncus et rami sunt in tuo fundo, radices in meam humum egerit, mea tunc arbor efficiatur; sed si ex utriusque fundo alatur communis fiat..... Porro quia arbor, radicibus per duorum fundos sparsis, fit eorum communis, ejus causam fructus etiam sequi, non est dubium, ut ex cujus solo per plures majoresque radices plus alimenti recipit, is majorem quoque fructuum partem consequatur. Sed obscura et subterranea haec indagandi ratio difficulter usu hominum recipitur; vulgoque in partitione fructuum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radices arborum attendi solet; quin Statuto ultraject. *Rub.* 27. *art.* 1.

cautum est, ut propendentes fructus communicentur, quod populare, et nostratibus crebro in usu. *Huberi Praelect. Tom. 1. lib. 2. tit. 1. de rer. divis. n. 31.*

» Gli alberi che sono nella siepe comune, riflette poi Pardessus, sono benanche di ragion comune fra i due vicini. Un solo non può nè tagliarne i rami, nè raccoglierne i frutti senza il consentimento dell'altro, o almeno senza far ordinare che sarà proceduto a spese e profitto comune. Ciascuno de' due proprietarj ha dritto di chiedere, che sieno abbattuti. L'articolo in esame lo decide espressamente, e non esige il concorso delle loro volontà: ne siegue che se per qualsivoglia causa, si fossero seccati, o fossero stati abbattuti, un solo de' comproprietarj non potrebbe farli rimpiazzare senza il consenso dell'altro.

» Non dee considerarsi lo stesso degli altri che titoli rispettivi avessero dichiarato di servir di limiti comuni a' due fondi. L'articolo 466 del cod. pen. (446 leg. pen.) garentisce l'esistenza di tal sorte di limiti. Desso classifica nel numero de' delitti l'abbattimento, che se ne fosse fatto senza il consenso del proprietario, e perciò non permette di credere, che la volontà di un solo possa decidere, che non saranno conservati. *Pardessus. Trat. delle servitù - n. 189.*

» Gli alberi che si trovano nella siepe comune, dice d'altronde Toullier, sono comuni come la siepe. Ma il codice da a ciascuno de' comproprietarj il dritto di chiedere che siano abbattuti; disposizione la quale tende a prevenire delle liti rovinose per più piccioli oggetti; poichè accade che questi alberi non si trovino esattamente nel mezzo della siepe, che sieno ingrossati più da una parte che dall'altra, e gli uomini hanno assai poco senno per elevare su di ciò pretensioni ostinate.

» Il possesso di potare l'albero, di raccogliere i frutti, deve sempre formar la regola. Se non vi è possesso, vi bisognerebbe una differenza notabile per non dare l'albero metà per ciascuno ai due vicini.

» L'albero appartiene al proprietario del terreno nel quale esce intieramente il tronco, benchè le radici e i rami si estendano sul terreno del vicino, salvo a costui il dritto di tagliar le radici e i rami che si estendono sul fondo suo, senza poter pretendere i frutti di questi rami, quando ha trascurato di costringere l'altro a tagliarli.

» Gli alberi piantati senza siepi per servire di limiti sono ancora riputati comuni se non vi sia titolo in contrario e possesso in favore di uno de' vicini, di potare questi alberi o di raccoglierne i frutti. Il possesso continuo per trent' anni ne attribuirebbe anche la proprietà al possessore, quando pure si provasse per mezzo di un titolo autentico che l'albero è stato piantato a spese comuni per servire di limite. Ma quegli che avesse prescritta la proprietà di questi alberi piantati per linea dritta tra due terreni, non avrebbe prescritto gli spazj intermedj, a meno che non ne avesse il medesimo possesso, egli non potrebbe pretenderne che la sola metà.

» Il possesso di potare uno o più di tali alberi, non gli attribuirebbe la proprietà degli alberi, giusta la massima *tantum praescriptum, quantum possessum.*

» In quanto agli alberi piantati su le strade che limitano i fondi, bisogna distinguere. Quelli piantati ne' viali e nelle strade private appartengono senza alcun dubbio ai proprietarj di questi viali e di queste strade. Lo stesso è per le piantagioni fatte lungo le strade pubbliche, su terreni acquistati da proprietarj ricchi per ingrandire queste strade pubbliche ed abbellirle con alberi. Tali proprietarj conservano la proprietà degli alberi piantati su i loro terreni, quantunque riuniti alle strade; ed hanno sempre la facoltà di abbatterli o di rinnovarli.

» Gli alberi piantati su le pubbliche strade diverse dalle strade nazionali, e su le strade delle città, de' borghi, e de' villaggi, sono riputati di appartenere ai proprietarj de' fondi lungo le sponde delle strade a meno che i comuni non giustifichino di averne acquistata la proprietà per mezzo di titolo, ovvero di possesso. In tal caso, siccome si tratta di una quistione di proprietà ne vien devoluta ai tribunali, e non già al potere amministrativo la cognizione.

» Gli alberi posti su le piazze delle città, de' borghi, e de' villaggi, o dentro paludi, prati ed altri beni, di cui i comuni hanno

la proprietà, si reputano di appartenere ai comuni senza pregiudizio de' dritti che potessero avervi acquistato i particolari per titolo o per possesso.

» I proprietarj lungo le sponde delle strade hanno la facoltà di piantare sul limite delle strade vicinali, conservando loro la larghezza che per esse era stata fissata.

» Finalmente in quanto agli alberi piantati su le grandi strade, la legge de' 28 agosto 1791 art. 18 portava che sino a che non siasi pronunziato relativamente a questi alberi, niuno potesse appropriarseli, ed abbatterli. Soltanto i loro frutti e i rami disseccati appartengono ai proprietarj de' fondi lungo le sponde, del pari che le potazioni quando è utile di farne; il che non potrebbe aver luogo che con approvazione de' corpi amministrativi, e con l'obbligo, rispetto ai proprietarj già mentovati di conservare questi alberi, e di rinnovare gli abbattuti.

» La legge de' 9 ventoso anno 13 ha diffinitamente pronunziato su questi alberi, e ne ha dato la proprietà ed il prodotto ai proprietarj de' fondi lungo le sponde della strada, senza però poterli tagliare, abbattere, o svellere altrimenti che con un' autorizzazione data dall' amministrazione costituita per la conservazione delle strade, e coll' obbligo del rinnovamento.

» Questa legge obbliga tutti i proprietarj lungo le strade di piantare alberi di bosco, o fruttiferi secondo le località, su tutte le grandi strade del regno non piantate e capaci di esserlo. *Toullier Corso di dritto civile vol.* 3 *n.* 232 *a* 240.

Della distanza e delle opere intermedie richieste in alcune costruzioni.

» §. 36. Quegli che fa scavare un pozzo
» o una latrina presso un muro, sia o non
» sia comune, e quegli che vuole costruirvi
» cammino o focolare, fucina, forno, o for-
» nello, o appoggiarvi una stalla, o forma-
» re al dorso di questo muro un magazzino
» di sale, o un ammasso di materie corrosi-
» ve, ha l'obbligo di lasciarvi la distanza
» prescritta da' regolamenti e dagli usi parti-
» colari, e di far le opere prescritte da' me-
» desimi regolamenti ed usi per non apportar
» danno al vicino. *Art.* 595. *Leg. civ.*

Papirio Giusto, in ragione del luogo, detta una regola generale per la distanza da un muro all'altro, e ne stabilisce una diversa misura.

» Imperatores Verus, et Antoninus Augusti rescripserunt, in ea area, quae nulli servitutem debet, posse dominum, vel alium voluntate ejus aedificare, intermisso legitimo spacio a vicina (*ut si est publica XV. pedes; si privata ad X. pedes ut Cod. de aed. priv. l. si cui.*) insula. *l.* 13. *D. de servit. urb. praed.*

Indipendentemente dalle disposizioni contenute in questa legge, quale è mai la distanza prescritta dai regolamenti, e dagli usi particolari? La Consuetudine 4. *Si aliquis habens* dispone che colui il quale ha un orto, o un cortile presso di una casa di un altro, dal fianco del di cui tetto, o terrazzo cade l'acqua, egli in tale orto o cortile può edificarvi un nuovo edificio, scostandosi però per un palmo, onde dar luogo allo scolo dell' acqua stessa. *Si quis habens curtim, vel hortum juxta parietem domus vicini, in quo pariete nulla est dossitia, vel apertura, est tamen in ipso pariete penna tecti, vel astrici per quam stillicidia in ipsam curtim vel hortum decurrunt, vel defluunt, velitque habens curtim, vel hortum in curti, vel horto aedificium construere juxta vicini parietem conjungendo aedificium quod facit parieti vicini; et velit ultra pennam tecti, vel astrici aedificium construere, postquam aedificavit usque ad pennam tecti vel astrici vicini prope per unum palmum prolongando, postmodum per unum palmum, ultra quam penna tecti, vel astrici vicini protenditur potest in altum extollere aedificium.*

Oltre questa consuetudine non vi è regolamento che possa dar norma a determinare la distanza richiesta dalla legge. Ma considerata non perfettamente applicabile tale disposizione, come una ipotesi particolare, da non estendersi a qualunque altra, quale misura sarà a tenersi? In questo caso stabilita la massima, che niuno dee risentire incomodo dal fatto altrui, la distanza di cui parla il presente articolo dee determinarsi in modo, che danno alcuno, ancorchè me-

nemo, non soffra il vicino o condomino da quella parte cui voglia costruirsi il cammino, il focolare, la fucina ec. È dunque convenevole che i periti, da destinarsi o dalle parti, o dal magistrato, fissino questa distanza, avendo sempre riguardo all' indole della costruzione della nuova opera.

E quando una tale costruzione giunga per poco a ledere il pubblico interesse, sia per la nettezza delle strade, sia per la salubrità dell'aria, le stesse misure si debbono allora adottare dall' autorità amministrativa.

Del prospetto nel fondo del vicino.

» §. 37. Uno dei vicini non può senza il » consenso dell' altro formare nel muro co» mune alcuna finestra o apertura in qual si » sia maniera anche con invetriata fissa. *Art.* » 596. *Leg. civ.*

Questo divieto è anche dettato dal precetto di Paolo.

» Eos qui jus immittendi luminis non habuerunt, aperto pariete comuni, nullo jure fenestras immisisse respondi. *l.* 39. *D. de servitutib. urban. praedior.*

Casus. Habeo tecum parietem communem, quem aperis ut lumen intret ad domum tuam propriam quam ibi juxta habes. Dicitur hic quod non potes. *Accur.*

Analogamente osserva Donello, che le disposizioni di questa legge sono relative a coloro, che hanno un dritto eguale su di un muro comune.

» Quibus verbis (*Eos qui jus immittendi*) aperte significatur eos, qui in pariete fenestras aperiunt, non statim habere jus immittendi luminis, et praeterea non posse in eum parietem fenestras immittere. Sed observandum est, locum scriptum esse de sociis, qui parietem communem aperuerunt, ut apparet ex illis verbis *aperto pariete communi*. Quod de iis sociis dicitur qui jus aperiendi parietis communis, et luminis in eum immittendi non habent, id ad dominium totius parietis non pertinet. Certi juris est socios non posse facere quidquam in re communi invitis caeteris, ac ne uno quidem invito. *Donelli Comment. de jure civili lib.* 11. *cap.* 5. *n.* 60.

» §. 38. Il proprietario di un muro non » comune contiguo al fondo altrui potrà for» mare in questo muro delle luci o finestre » con inferriate ed invetriate fisse. Ciò tut» tavolta non indurrà veruna servitù a dan» no del vicino, il quale potrà chiuderle, » appoggiandovi il suo edifizio a' termini de» gli articoli 581 e 582 (*v.* §. 22 *e* 23).

» Queste finestre debbono essere munite » di cancelli di ferro, le cui maglie avranno » tre pollici, ed otto linee di apertura al » più, ed un telajo ad invetriata fissa. *Art.* » 597. *Leg. civ.*

Di quale altezza, e dimensione debbono essere queste luci o finestre? La legge tace su di ciò. Rimane dunque abbandonato all' arbitrio del proprietario. Basta ch' egli munisca tali aperture con inferriate, ed invetriate fisse, come dispone il presente articolo, tutto il dippiù non suggerisce alcuna osservazione, che presenti un danno al vicino. Solo sembra convenevole che debba osservarsi la regola dettata dall' articolo seguente in riguardo all' altezza al disopra del pavimento, o suolo del luogo che si cerca illuminare.

D' altronde quest' articolo parla delle luci o finestre che si possono fare, e non già di quelle, che già fatte si riducano in altra dimensione. Analogamente Cujacio ne sviluppa la dottrina.

» Quaeritur heic, si ita haec servitus constituatur: *lumina uti nunc sunt, ut ita sunt*, an videatur actum de futuris luminibus, et fenestris, vel postea additis, vel loco motis? Lex ait, hanc orationem non trahi ad futura lumina; nam articulus *nunc* praesentis temporis significationem habet. Accursius huic sententiae putat obstare. *L. eum debere* 31 *h. t.* In ea lege ita fuit imposita servitus oneris facendi: *paries oneri ferundo uti nunc est, ut ita sit.* Lex ait his verbis id significari in perpetuum et in futurum parietem esse debere, qui ferat onera. Sed nihil pugnat: nam quod in ea lege dicitur de servitute oneris ferendi, servatur etiam in servitute luminum: si enim ita constituatur, lumina in perpetuum haberi possunt, sed tamen haec cessio non trahitur ad lumina quae postea adduntur, vel loco moventur, sed ad praesentia quae in perpetuum habebuntur. Nunc quaeritur quid juris sit si

generaliter ita cedatur servitus *ne luminibus officiatur*: si nihil diserte dictum sit de luminibus futuris? Haec oratio est ambigua, et incertum est, an actum sit de luminibus praesentibus, an futuris. Lex tamen ait benignius esse, ut omnia lumina excipiantur, idest, praesentia et futura. *Cujacii Comment. ad L.* 23 *lib.* 8 *in tit.* 2 *Dig. de serv. urb. praed.*

» §. 39. Queste finestre o luci non si possono collocare a minore altezza di palmi dieci al di sopra del pavimento o suolo della camera che si vuole illuminare, se questa è a pian terreno; e di palmi sette e mezzo al di sopra del pavimento, se questa è ne' piani superiori. *Art.* 598. *Leg. civ.*

» Per pian terreno, dice Toullier, s' intende il suolo, o la superficie del pavimento delle strade, o quella del terreno dei giardini, recinti, terre coltivate ed altre specie di terreni; ed è questo pian terreno che il codice intende a livello della terra, a fior di terra.

» Quando il codice dice otto piedi (palmi dieci) al di sopra dal pian terreno, o sei piedi (palmi sette e mezzo) al di sopra del pavimento per gli altri piani, queste misure debbono intendersi sino al di sopra della sponda delle finestre che si possono fare, e non della grandezza delle stesse finestre, o luci, che non è limitata nè in altezza, nè in larghezza.

» Bisogna osservare che gli otto piedi (palmi dieci) di altezza dal pian terreno debbono trovarsi egualmente dalla parte dell'altro vicino. Supponiamo, per es., che il pian terreno della casa si trovi di sei piedi (palmi sette) al di sotto del pian terreno del fondo vicino; il proprietario della casa non potrebbe formar finestre ad invetriata fissa all'altezza di otto piedi (palmi dieci); altrimenti si troverebbero elevate due piedi al di sopra del suolo del vicino, che potrebbe allora essere veduto per ogni dove: ora è la sicurezza del vicino che la legge ha avuto in mira. *Toullier. Corso di dritto civile. Tomo* 3 *n.* 524 *a* 526.

» §. 40. Non possono aprirsi vedute dirette o finestre a prospetto, ne' balconi o altri simili sporti sul fondo chiuso o non chiuso del vicino, se tra il detto fondo ed il muro in cui si formano le dette opere, non vi è la distanza di dodici palmi. *Art.* 599. *Leg. civ.*

Gl' imperatori Severo, ed Antonino rescrissero di osservarsi nel soggetto caso l'uso de' luoghi.

» Et balneum, ut desideras, extruere, et aedificium ei supponere potes: observata tamen forma, qua caeteris super balneum aedificare permittitur; idest ut concameratis super instruas, et ipsum concameres, nec modum usitatum altitudinis excedas. *l.* 1. *Cod. de aedificiis privatis.*

» Si pretendeva anticamente, dice Delvincourt, che quando il fondo contiguo non era chiuso, si potevano avere delle vedute dirette in un muro proprio ed unito al detto fondo. Miglior consiglio è stato non farvi alcuna distinzione. Il vicino può aver la volontà di chiudersi, e comprare in conseguenza la comunione del muro: che diverrebbero allora le vedute?

» Ma *quid* se vi sia frammezzo un muro più alto delle vedute? Io son di avviso che bisogna distinguere: se il muro è di colui al quale appartengono le vedute, il vicino non ha che opporre, poichè le vedute non guardano nel suo fondo. Ma se il muro venga ad essere demolito, il vicino può domandare la chiusura delle vedute che non si trovassero nella distanza prescritta, senza che neppure si possa opporgli la prescrizione per tutto il tempo che ha esistito il muro; egli non poteva agire, *et contra non volentem agere non currit praescriptio.* Ma se il muro appartenga all'altro vicino, io trovo ch'egli potrebbe anche prima della sua demolizione domandare la chiusura delle vedute; 1.° perchè il muro facendo parte del suo fondo, le vedute guardano in esso; 2.° ed in conseguenza di questo primo motivo, perchè gli si potrebbe opporre la prescrizione, se le vedute abbiano esistito da tanto tempo quanto ne bisogna per la prescrizione. Egli non potrebbe formarsi un titolo dell' esistenza di un muro, che può far demolire se lo giudica conveniente.

» *Quid* se il muro fosse comune? Siccome si può supporre, che ciascuno de' due vicini è proprietario della porzione di terreno

e di muro ch'è dalla sua parte, io penso che bisogna assimilar questo caso a quello in cui il muro appartiene per intero al proprietario delle vedute. » *Delvincourt. Corso di codice civile vol. 3.° nota* 118 *al tit.* 4.

» *Desgodet*, prosiegue a dire l'istesso autore, crede che questa disposizione non deve aver luogo che quando i due fondi sono contigui, ma che siano separati da un cammino pubblico; quando anche questo non avesse la larghezza di sei piedi, (12 palmi) si possono prendere le vedute dirette; poichè allora, ei dice, la veduta guarda sulla strada e non sul fondo contiguo. Questa ragione non è molto concludente, perchè quando i due fondi si toccano e che io vi pratichi una veduta diretta, per esempio a quattro piedi in dietro della linea di divisione, io posso dire di prendere la veduta sul mio proprio terreno, e non sul fondo del vicino; ed intanto io non ho dritto di prenderla. Io credo valer meglio il dire che questa soggezione non deve aver luogo che fra vicini, cioè fra persone i di cui fondi si toccano. Ma quì ciascuno de' due proprietarj è vicino al cammino pubblico, e non all'altro proprietario. Non pertanto si è deciso il contrario a Nanci il 25 novembre 1816 (Sirey 1817 2 parte pag. 115.) Ma io non ritrovo in questa decisione un sufficiente motivo per cambiar di parere. *Delvincourt. Idem nota* 119.

» Se i due fondi siano separati da un muro comune ,, riprende il medesimo giureconsulto ,, la distanza si misura dalla linea esteriore del muro in cui si fa l'apertura, fino a quella che forma il mezzo della grossezza del muro comune. Se il muro appartiene, per intero all'altro proprietario, la distanza si prende fino alla linea del muro dalla parte di colui che vi pratica la veduta.

» *Quid* nel caso seguente? Il muro che supponiamo di 18 pollici di doppiezza appartiene per intero a colui che pratica la veduta. Siccome trattasi di una veduta diretta, essa è in conseguenza praticata a sei piedi dalla linea esteriore del muro dalla parte del vicino. Questi compra la comunione del muro, la linea di separazione si ritrova allora ravvicinata di nove pollici dalla parte di colui che ha praticata la veduta. Dunque la veduta ch'era a sei piedi non rimane che a cinque e tre pollici da questa linea di separazione. Il vicino potrebbe esigere che la veduta sia chiusa? Io nol credo. È questo il caso di applicare il principio del dritto naturale ,, cioè che dobbiamo fare il bene del prossimo, anche quando ne risulta per noi un pregiudizio, purchè fosse infinitamente modico in paragone del danno che il prossimo ne risentirebbe; or non è al certo gran fatto importante pel proprietario sul quale la veduta riguarda, che una veduta sia più o meno lontana di nove pollici; e sarebbe molto pregiudizievole per l'altro ove se gli facessero chiudere le finestre, senza le quali il suo edifizio si renderebbe forse inabitabile. Io penso dunque che le cose dovrebbero interinamente rimanere nello stesso stato; ma venendo a distruggersi l'edifizio, il vicino potrà esigere che le vedute siano allontanate.

» Secondo questa opinione sarà necessario farsi un atto per comprovare ciò ch'è occorso; poichè altrimenti il dritto di veduta essendo una servitù continua ed apparente, il vicino al quale appartiene l'edifizio che ha le vedute, potrebbe dopo trent'anni pretendere di avervi acquistata la servitù colla prescrizione. *Delvincourt. Idem. nota* 120.

La suprema corte di giustizia con decisione de'23 dicembre 1824 fa conoscere la differenza che corre tra la servitù *prospectus*, e la servitù *ne prospectui officiatur*. Quindi considera nella prima la determinazione della distanza legittima che dee esservi tra la loggia del proprietario di un fondo e la nuova fabbrica del vicino.

» *Fatto*. Possedevano in Arienzo due casamenti contigui il contadino Marcello Papa il vecchio, e l'avvocato D. Filippo Perrino.

,, Surse lite tra essi nel 1750 presso la gran corte della vicaria per le varie servitù, che il Perrino pretendeva d'imporre sul casamento del Papa.

,, Costui pretese tra l'altro, che il Perrino dovesse alzare sulla di lui loggia un muro di palmi otto per impedire l'aspetto nel suo cortile.

,, Il convenuto pretendeva, che non potesse il Papa tenere il pagliaro, la meta di paglia, e le casazze di legna, vicino la sua

loggia, e casino per timore d'incendio; e per lo rialzamento del muro preteso, che non dovesse aver luogo, per avere prescritto il *jus* di aspetto, e prospetto dentro del cortile, e casa del Papa, soggiungendo oltreacchè un tale aspetto, e prospetto niuno pregiudizio l'arrecava, siccome ne anche di presente l'arreca, essendo le case tutte di quel paese così fabbricate.

,, La lite fu convenuta con istromento de' 27 luglio 1750. Fu pattuito di togliersi il pagliaro, e le meti di paglia da vicino la casa di Perrino, per evitarsi l'incendio, e che doveva situarli nel lato opposto del cortile accosto la casa di Marco Russo; senza che per l'avvenire potesse il Papa costruire qualunque specie di edificio, o altro simile vicino la casa del Perrino, acciò non possa ricevere, nè soggezione, ne danno alcuno.

,, Riguardo al rialzamento del muro sulla loggia fu pattuito, che il muro della loggia dovesse rimanere affacciatore, siccome stava per lo passato, e sta presentemente col *jus* di aspetto, e prospetto nel cortile, e nella casa di esso Marcello, senza che il medesimo potesse in avvenire pretendere rialzamento alcuno.

,, Dal 1750 al 1820 alto silenzio. Nel 1820 il contadino Marcello Papa il giovane eresse delle meti di paglia, e delle casazze verso la loggia de' conjugi Tommasini e Folliero, succeduti al Perrino a titolo di compra vendita, e con sentenza di quel regio giudice a giugno 1820 ne fu ordinata la rimozione, per allontanare il pericolo dell'incendio, e per non togliere l'aspetto, ed il prospetto convenuto nell'istromento del 1750 nel cortile, e casa di Papa, e fu ordinato di formarle nella parte nell' istromento convenuta.

,, Seguentemente il Papa costruisce una fabbrica accosto la loggia, e 'l giardino sottoposto dei conjugi.

,; Ciò diede causa all'arbitramento in persona dell'avvocato Capone. Venne in arbitramento non solo la nuova fabbrica, se fosse ciò in opposizione dell' istromento, e quindi da demolirsi; ma benanche a determinarsi a punto fisso il luogo, in cui le pagliare, e meti si potessero situare.

,, L'arbitro fu di avviso che la fabbrica non fosse a norma dell' istromento, e della legge, ma che si dovesse demolire, e si riducesse alla debita forma, per evitarsi la soggezione. Divise poi il cortile in cinque zone, e prescrisse, che le tre prossime alla loggia, e casino de' conjugi fossero sgombre di pagliare, e meti.

,, Siccome dall' arbitro non fu inibito al Papa di fabbricare nel suo cortile; così egli si credè facoltato a fabbricarvi, servata la distanza legittima di dodici palmi tra la loggia, ed il nuovo fabbricato, che andava a costruire.

,, Ecco un giudizio di nunciazione di nuova opera. I primi giudici prendendo in considerazione il convenuto nell' istromento del 1750, ed il prescritto nell'arbitramento, con sentenza dei 7 agosto 1823 non diedero luogo all' inibizione, e dichiararono di essere lecito al Papa di fabbricare nel suo cortile, servata la distanza legittima tra la loggia, ed il nuovo fabbricato.

,, Appello de' conjugi, e la gran corte civile di Napoli con decisione dei 13 febbraro spirante anno vi fece dritto, e dichiarò non essere lecito al Papa di costruire delle nuove fabbriche in qualunque parte del suo cortile.

,, La decisione è basata all'istromento del 1750, all' arbitramento de' 18 giugno 1821, ed alle *l.* 15 *e* 16 *de servit. praed. urban.* ed all'articolo 622 delle leg. civ. da che costituita la servitù di prospetto sia vietato al padrone del fondo serviente di far cosa, che l'impedisca.

,, La decisione è denunciata alla corte suprema, ed il Papa ne chiede l'annullamento 1.° Per avere la decisione ferita la prima parte dell' articolo 622 e l'articolo 623 leggi civili, giacchè col divieto delle nuove fabbriche si era la semplice servitù di prospetto fatta passare all'altra *ne prospectui officiatur*, contro lo spirito, e la lettera della convenzione del 1750: 2.° Dall' essersi deciso in contraddizione dell' arbitramento, con, cui si era dichiarato, che il fondo dominante non avea la servitù d' impedire nel cortile serviente la costruzione delle nuove fabbriche.

,, Udito il rapporto: ec. ec. ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso all' annullamento della decisione in esame.

,, La corte suprema di giustizia deliberan-

do nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

,, Vista la decisione: visto il ricorso, e le *l.* 14 15 *e* 16 *de servit. praed. urb. L.* 1. *Cod. de aedific. priv.* e l'articolo 599 leg. civ. ha fatto le seguenti considerazioni.

,, Per devenirsi all' esame degli effetti, e delle conseguenze della servitù de' prospetti, e se con questa andasse unita, e fosse insita l' altra *ne prospectui officiatur*, era di bisogno, che i giudici del merito avessero dapprima osservata quale fosse stata la contesa, da cui derivò la convenzione del 1750. Dal *quid* doveasi interpetrare, ed eseguire *quid scriptum*.

,, Doveano essi avvertire, che il Papa reclamava la libertà del suo cortile, e che se gli opponeva con gratuita assertiva la prescrizione della servitù di prospetto, e che niun pregiudizio avea da tale servitù, per essere così conformate le case di quel paese. Da ciò derivava che dall' avere il Papa permessa la loggia affacciatora nel suo cortile senza potere in avvenire pretendere il rialzamento del muro sulla loggia, la convenzione si avesse dovuto interpetrare, ed eseguire nella più stretta ragione, e per quanto meno fosse incomodante al fondo serviente, senz' attendere l'espressioni forse ad arte buttate dall'avvocato Perrino nella convenzione, di continuare cioè ad affacciarsi col *jus* di aspetto, e prospetto. Un'avvocato trattava con un villano idiota, a cui se si fossero spiegati gli effetti della servitù di aspetto, e prospetto, come ora si pretendono dai conjugi Tommasini, e Folliero, non avrebbe certamente rinunciato al rialzamento del muro, nè permesso, che la loggia dall' essere semplicemente affacciatora, si fosse inceppata ad usare dell' istesso suo cortile.

,, Ma ammessa la loggia col *jus* di aspetto, e prospetto nel cortile di Papa, non gli sarà certamente proibito di costruire delle nuove fabbriche, uniformandosi alla legge, con lasciare cioè tra la medesima, e la loggia la distanza legittima.

,, La servitù *prospectus* non porta seco l' altra ne *prospectui officiatur*, come taluni interpetri sono stati di avviso. Sono fra loro distinte, nè dalla costituzione dell' una s' intende costituita l' altra; giacchè producono esse differenti effetti, e conseguenze; essendo la prima meno gravosa dell'altra. Di fatti la servitù di prospetto *est jus in praedium vicini prospiciendi l.* 12 *e* 16 *de servit. praed. urban.* Colui dunque che ha la servitù di prospetto nel fondo altrui, non ha altro dritto, che di affacciarsi nel fondo alieno, ma non potrà proibire, che in questo si edificasse, a motivo, che se gli offendesse il suo prospetto non togliendoselo per intero.

,, A ciò ottenere fa d' uopo, che si procuri altra servitù, *ne prospectui officiatur*, la quale *est jus prohibendi vicinum, ne quid in suo faciat, quolibet quoque versum prospectus nobis intercipiatur l.* 3. *e* 15 *D. eod.*

,, Le servitù, come odiose sono di stretta ragione, e civilmente si debbono eseguire, non potendosi estendere da caso a caso, e da luogo a luogo, e se siasi costituita la servitù di prospetto, senza determinare la distanza, per renderlo più ameno, e grato, la legge determina la distanza, giacchè non si presume che taluno siasi interdetto di edificare nel suo suolo, a meno che non renda inutile il dritto, che ha concesso al vicino, lo che vieppiù è a presumersi nella specie per le circostanze di sopra notate *L.* 9. *ff. eod.*

,, Ma ammessa per poco, che la servitù di prospetto comprendesse l' altra *ne prospectui officiatur*, in questa ipotesi non sarà illimitata la facoltà al padrone del fondo dominante di pretendere il lungo prospetto nel fondo serviente. Una tale facoltà viene ristretta dalla legge ad una distanza certa, e determinata, come si ha dal rescritto degli imperatori Antonino, e Vero, riportato dal giureconsulto Papirio in *L.* 13 *ff. eod.*

,, Questa distanza, in cui non possa edificarsi, viene determinata dalla *L.* 1 *cod. de priv. aedif.* fusa nell' art. 599 leg. civ. Siegue da ciò, che avendo il Papa lasciato la distanza legittima, tra la loggia dei conjugi, e la nuova di lui fabbrica, si è il medesimo uniformato alle disposizioni della legge, che men doverosamente se gli è proibito dai giudici del merito.

,, Nè a ciò è di ostacolo l' arbitramento del 1821; giacchè ivi non viene in esame,

se, e come il Papa potesse fabbricare nel suo cortile. Fu oggetto dell' amichevole convenzione, se si doveano demolire le nuove fabbriche, costruite accosto la loggia, che portavano soggezione alla medesima; ed al contiguo giardino de' conjugi. A quest' oggetto l' arbitro fu di avviso, che irregolare era la costruzione, e propose de' giusti ripari a togliere la indicata soggezione. Altro punto di esame si fu, ove i pagliari, e le casazze si potevano formare, e per quest' oggetto l' arbitro divise il cortile in cinque zone, e fu di parere, che nelle tre contigue alla loggia de' conjugi, ne' pagliari, nè casazze si avessero potuto formare per allontanare il timore dell' incendio, di cui si fece parola nella convenzione del 1750.

,, Or se non fu oggetto di contesa innanzi dell' arbitro, se il Papa, ove, e come nel suo cortile avesse potuto costruire delle nuove fabbriche, per accorrere ai suoi bisogni, e della famiglia, in vano si ricorre all' arbitramento; e ben può lo stesso Papa costruire delle nuove fabbriche nel suo cortile, lasciata la distanza voluta dalla legge, tra le medesime, e la loggia de' conjugi.

,, Per siffatti motivi la corte suprema annulla la decisione impugnata; e rimettendo le cose nello stato precedente alla medesima, rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera, ed ordina di restituirs' il deposito.

,, §. 41. Non si possono aprire vedute laterali, o obblique sul medesimo fondo a minor distanza di palmi due e mezzo. *Art.* 600. *Leg. civ.*

D' onde s' incomincerà per misurare la distanza? Sembra a Delvincourt, che debba dal pilastro della finestra il più vicino al fondo contiguo. Desgodets anche crede, che se il balcone sia abbastanza sporgente perchè le persone possano starvi interamente al di fuori de' vetri, allora quando anche i due muri fossero ad angolo retto, pure il lato del balcone ch' è situato dirimpetto al fondo contiguo, deve considerarsi come veduta diretta sul detto fondo, e per conseguenza non può essere che alla distanza di sei piedi (palmi due e mezzo). *Delvincourt. Corso di cod. civ. Nota* 121 *al tit.* 4 *vol.* 3.

,, Il divieto di formare delle vedute dirette ed obblique in una distanza dal fondo vicino ,, osserva particolarmente Toullier » minore di quella richiesta dal codice, cesserebbe se il proprietario vicino avesse un muro intermedio assai alto per impedire che si guardi sul fondo vicino; ma se egli facesse demolire questo muro dovrebbe chiudere le finestre; poichè la prescrizione non avrà potuto correre in suo favore durante l' esistenza del muro che toglieva al vicino il dritto di agire per farle sopprimere.

,, Se questo muro intermedio appartenesse al vicino, e che lo demolisse prima che spiri il tempo necessario per operare la prescrizione, sembra che egli potrebbe dimandare la soppressione delle finestre.

,, Ma quando anche il tempo della prescrizione fosse spirato, il dritto di prospetto sarebbe acquistato? Non si potrebbe dire, che il possesso di aver finestre non è stato pubblico? Ma non si potrebbe rispondere che se le finestre divengono nocive al vicino ciò è pel fatto di quest' ultimo, per un fatto che non ha dovuto prevedere colui che ha costruito di buona fede, ed ha aperte delle finestre che non recavano verun pregiudizio al vicino?

,, La proibizione cesserebbe ancora se esistesse tra due fondi una strada o via meno larga dei sei piedi richiesti dal codice, perchè è permesso di formar vedute su di una strada o via pubblica (1).

---

(1) » Pardessus *Trat. delle servitù* n. 278 è di una opinione contraria, perchè egli dice, il dritto di avere delle vedute su la strada pubblica non è più favorevole di quello di averne sopra se stesso. Or soggiunge: se la legge esige che il proprietario dello spazio intermedio non abbia delle vedute dirette se non quando questo spazio è di sei piedi, per qual motivo più possente questa distanza dovrebbe essere minore quando lo spazio è pubblico?

» Ma la sicurezza pubblica, e la vaghezza delle città esigono che si aprino sulle strade, e sulle vie delle finestre che avvertono coloro che passano che sono sotto gli occhi del pubblico, anzicchè circondarli di mura ele-

,, Finalmente il divieto cessa qualora il proprietario ha sul fondo vicino il dritto di prospetto, che costituisce una servitù continua, convenzionale. Per conoscerne l'estenzione bisogna distinguere se esso è stato acquistato per titolo, o per prescrizione.

,, Nel primo caso è il titolo stesso che fissa i dritti del proprietario dell'edifizio, o fondo dominante. Il titolo deve determinare il numero, la situazione, la grandezza delle finestre che può aprirsi, se può formarne quel numero che vorrà, e nel modo che gli sembrerà più a proposito; in una parola in questo caso tutto dipende dal titolo, secondo l'uso che se ne fa.

,, Nel secondo caso se il dritto è acquistato per prescrizione, si osserva rigorosamente la massima, *tantum praescriptum*, *quantum possessum*.

,, La prescrizione non si estende più lungi del possesso: essa non conferisce al proprietario dell'edificio, che il dritto di avere quel numero di finestre che ha posseduto, nella situazione, e dimensione in cui si trovano: l'azione che aveva il vicino di farle sopprimere è estinta: la prescrizione non opera niente al di là di tutto ciò.

,, Quindi la liberazione del fondo non è assoluta come può esserlo per convenzione: il rimanente dell'edifizio rimane soggetto alla servitù in tutto ciò che non è stato liberato. Il numero, l'altezza, la larghezza delle finestre nulla può essere aumentato o cagionato.

,, Il vicino potrebbe acquistare la comunione della parte inferiore del muro in cui sono aperte le finestre, ed appoggiarvi un edifizio; basta che il suo edifizio non sia più alto della sponda, o appoggio della finestra più bassa.

,, Ma colui che ha acquistato il dritto di aver delle finestre che sporgano sul fondo del vicino può impedire a quest'ultimo d'innalzare un muro, o un edifizio, che rende inutile l'uso delle sue finestre?

,, Bisogna sempre distinguere se questo dritto è stato acquistato per convenzione, per destinazione del padre di famiglia, o per prescrizione.

,, Se è stato acquistato per convenzione, il titolo determina la estensione della concessione; ma in caso di silenzio, concedendo al vicino il dritto di formar finestre, che sporgono sul mio terreno si presume sempre che io mi sia obbligato a non rendere la mia concessione inutile, e per conseguenza a non chiudere queste stesse finestre. Io non posso dunque farlo, a meno che non me ne sia riserbato il dritto; riserva che renderebbe il possesso del vicino puramente precario.

,, Ma siccome, obbligandomi tacitamente a non chiudere, o a non rendere inutili le finestre che io ho concesso che si aprissero, non mi sono assolutamente interdetto il dritto di costruire sul mio fondo: a quale distanza posso dunque farlo?

,, Se il titolo non lo ha determinato, è alla distanza in cui la legge lascia al proprietario la libertà di aprire delle luci, vale a dire a sei piedi (*dodici palmi*) nel caso di veduta diretta, ed a due piedi (*palmi due e mezzo*) nel caso di veduta obbliqua.

,, È in questo modo che l'antica giurisprudenza avea risoluto tale questione. Desgodets riporta due arresti emessi dal parlamento di Parigi.

,, Questa giurisprudenza, fondata sulla ragione sembra dover essere seguita sotto l'impero del codice, le di cui disposizioni relative al dritto di prospetto sono ricavate dalla costumanza di Parigi. Concedendo un semplice dritto di prospetto al mio vicino che ha costruito nella linea che ci separa, io lo metto nello stato di libertà naturale, in cui si sarebbe trovato, se avesse edificato nella distanza prescritta dalla legge per usare della facoltà di aver vedute dirette ed oblique; si presume che io gli abbia concesso alcuna cosa di più.

,, Bisogna dire altrettanto del dritto di prospetto risultante dalla sola destinazione del padre di famiglia. Esso non interdice al proprietario del fondo soggetto a questo dritto, la facoltà di costruire nella distanza di sei piedi (12 palmi) prescritti dal codice, o d'innalzare il suo edifizio più alto; l'art. 701 (622. Leg. civ.) che proibisce al proprietario del

---

vate che nasconderebbero la vista di ciò che accade. »

fondo serviente di fare alcuna cosa che tenda a scemare l' uso della servitù, o a renderlo più incomodo è estraneo alle servitù di prospetto.

,, Se il dritto è stato acquistato per prescrizione noi abbiamo di già osservato che si siegue rigorosamente la massima *tantum praescriptum quantum possessum*. Che ha dunque acquistato colui che fin da più di trent' anni secondo il codice, o di quarant' anni secondo la costumanza di Bretagna ha avute delle finestre aperte sul mio terreno?

,, Egli si è liberato dalla servitù legale che gli vietava di formar finestre nel suo muro; egli ha estinta colla prescrizione l'azione che la legge mi accordava per obbligarla a chiuderle.

,, Ma egli ha poi acquistato il dritto d'impedirmi di usare della facoltà naturale di costruire sul mio fondo, o d' innalzare l' edifizio che si trova già costruito? In una parola ha egli contro di me prescritta una delle servitù chiamate in dritto *luminibus non officiendi*, *et altius non tollendi?*

,, No certamente; poichè se l' azione che io aveva per obbligarlo a chiudere le sue finestre si è estinta con trenta, o quaranta anni decorsi senza reclamo dopo la loro apertura, non è così della facoltà che ho io di costruire, o d' innalzare il mio edifizio. Le facoltà naturali, o legali non si prescrivono col semplice non uso, come lo insegna Molineo sull' art. 1 della costumanza di Parigi, gloss. 4 n. 15.

» *In actibus qui dependent a libera facultate unius qui potest facere vel non, ac certum modum servare vel non, abstinentia, vel observantia certi, et determinati modi quantumcumque diuturna non censetur implicare contrarium usum, nec inducit desuetudinem vel praescriptionem ad alium modum utendi.*

,, La ragione si è che il non uso di una facoltà naturale non costituisce l' avversario nel possesso della libertà. Bisogna che vi sia dalla sua parte contraddizione, od opposizione all' esercizio di questa facoltà, e solo dal giorno di questa opposizione, o contraddizione comincia il possesso della libertà, e per conseguenza la prescrizione.

,, Ciocchè spiega molto bene l'art. 9 della costumanza di Nivernois al titolo delle servitù reali. » Se in un muro proprio e non comune è formata una luce, o finestra in pregiudizio del vicino, questo vicino vi può provvedere con una costruzione tutta opposta, o con altra via di dritto, se non vi è titolo in contrario, o possesso dietro contraddizione nel quale l' opponente fosse rimasto tranquillo durante trent' anni.

» Io posso dunque dire a colui che ha per prescrizione acquistato il dritto di tener finestre aperte nel muro di separazione. Come libero dalla servitù che la legge l'imponeva in mio favore, tu conserverai le finestre aperte nel tuo muro; ed io come proprietario di un fondo libero, conservo il dritto di costruire, o d' innalzare il mio edifizio così alto come meglio mi conviene. Poco importa che questo edifizio oscuri le tue finestre, perciocchè io non fo altro che usare del mio dritto, come tu del tuo. *Cum eo qui tollendo obscurat aedes vicini, nulla competit actio. L. 9. D. de praed. urb.*

,, In una parola liberandoti da una servitù passiva, mediante la prescrizione, tu non hai acquistato sul mio terreno servitù attive: tu non potevi acquistarle che in due modi: in virtù di un titolo che ti accordasse la servitù, *luminibus non officiendi*, o in virtù di un possesso continuo durante trent' anni nell' impedirmi di costruire, o d' innalzare il mio edifizio.

» Questi principj sono stati consecrati dalla corte di cassazione, in un arresto renduto a' 10 febbraro 1810. Esso confermò una decisione della corte di appello di Amiens che aveva permesso al signor Herbet-Carpentier d' innalzare un muro comune secondo la facoltà che gli accordava l' art. 658 (579 Leg. civ.) sebbene questo muro rendesse inutile le finestre oblique che il signor Morant aveva formate nella sua casa a sei pollici soltanto di distanza dal fondo del signor Herbet-Carpentier.

» Sicchè il dritto acquistato per prescrizione di aver finestre dirette, ed oblique aperte immediatamente sul terreno del vicino non impedisce a costui di costruire, o d' innalzare un muro che chiuda queste finestre. Egli non è obbligato di conservare la

distanza di sei o di due piedi, che è costretto di osservare quegli che ha concesso il dritto di prospetto sul suo terreno.

» Bisogna dunque ben distinguere la servitù legale, che toglie al proprietario il dritto di avere delle finestre in un muro non separato dal fondo vicino per la distanza di sei o due piedi, dalla servitù di veduta *luminibus non officiendi*, che impedisce al vicino di chiudere queste finestre fabbricandovi appresso. Questa seconda servitù non è legale, e si acquista come le altre servitù stabilite pel fatto dell' uomo.

» Non bisogna del pari confondere la servitù di veduta con quella di prospetto che impedisce di piantare, o innalzare cosa alcuna nocevole al diletto della veduta in una distanza sovente molto lontana. Noi ne parleremo spiegando le servitù stabilite per fatto dell' uomo.

» Dai principj che noi abbiamo dilucidati sembra risultare che il dritto di prospetto, o delle finestre aperte, acquistato colla prescrizione sul terreno del vicino, non può impedire a costui di acquistare la comunione del muro per farvi un edifizio che chiuda le finestre; poichè in fine se egli può chiuderle costruendo sul suo terreno, non vi ha più, per ricusargli il dritto di acquistare la comunione, la stessa ragione che nel caso di una servitù acquistata per titoli, la quale impedisce al vicino di chiudere le finestre, e di costruire più presso dalla distanza di sei piedi. È così che bisogna modificare ciò che noi abbiam detto di sopra n. 197. (*Vedi il* §. 19. *in fine*) *Toullier Corso di dritto civile vol*.3. *n*. 528 *a* 536.

» §. 42. La distanza di cui si parla nei » due precedenti articoli, si computa dalla » faccia esteriore del muro in cui si fa l' a» pertura; e se vi sono balconi o altri si» mili sporti, dalla linea esteriore sino alla » linea di separazione de' due fondi. *Art.* » 601. *Leg. civ.*

» La maniera di determinare la distanza legale per le vedute laterali, al dire di Pardessus, non è senza qualche difficoltà. Se si osserva rigorosamente l' articolo 680 (601) la distanza dev' essere computata dalla faccia esteriore del muro nel quale si fa l' apertura: quindi si potrebbe credere che ogni proprietario che non ha fra la estremità del suo muro a la linea separativa del fondo vicino uno spazio di sei decimetri (due piedi) non abbia dritto di avere alcuna veduta laterale, a qualunque distanza l' apertura sia dal podere del vicino.

» Senza dubbio tale non è stata la intenzione del legislatore. Il modo con cui l' articolo 680 (601) prescrive che la distanza sia calcolata, non si applica evidentemente che alle vedute dirette. Per le veduta laterali, la natura delle cose esige che nel fissare la loro distanza si seguano le regole che gli usi e le costumanze avevano introdotte, e che i sei decimetri (due piedi) si computino dal trave a canto vivo dell' imposta dell' apertura sino alla linea separativa de' due fondi. Se fosse altrimenti, tutte le vedute laterali sarebbero interdette; poichè a qualunque distanza dalla proprietà vicina fossero fatte, si troverebbero sovente esserlo in un muro che toccherebbe immediatamente il fondo del vicino.

» Il vicino potrebbe tentare di eludere queste proibizioni costruendo nel suo muro, e soltanto alla distanza richiesta per le vedute laterali, un balcone di cui lo sporto gli procurasse una veduta diretta sul fondo del suo vicino. La intenzione della legge non potendo essere che si abusi del suo testo per violare del suo spirito, questo vicino avrebbe dritto di esigere che tale balcone fosse allontanato dalla linea saparativa de' due fondi per la medesima distanza di quella che è disposto per la vedute diretta.

» Sembra tuttavia che questi principj non debbano essere applicati in tutta la loro estensione alle aperture cha un proprietario fa nel suo tetto, e che non dirigono lo sguardo che verso il cielo. Se dalle aperture di queste luci sino alla estremità del tetto esiste uno spazio sufficiente parchè non si possa perpendicolarmente guardare nel fondo del vicino, questi non può domandare che si osservino le distanze, di cui abbiamo parlato; e perchè non ha egl' interesse a chiuderle dev' essere dichiarato non ammessibile a chiederne la soppressione.

» La prescrizione può arrecare modifica-

zioni importanti alle regole che abbiamo stabilite. Da un lato il vicino può liberarsi dalla obbligazione di osservare le distanze determinate dagli articoli 678 679 e 680 (599 600 601) per essere i luoghi rimasti in tale stato per trent' anni. D'altronde il vicino sul quale le vedute sono esercitate potrebbe acquistare colla prescrizione una parte del terreno intermedio lasciato da colui che ha la veduta, e quindi pretendere che le finestre o altre aperture siano soppresse, per la ragione che non vi sarebbe la distanza legale. *Pardessus. Trat. delle servitù. N.* 207 *a* 208.

Dello stillicidio.

» §. 43. Qualunque proprietario dee far » costruire i tetti in maniera che le acque » piovane scolino sul suo terreno o sulla via » pubblica: egli non può farle cadere sul » fondo del suo vicino, purchè non vi sia » costituita servitù. *Art.* 602. *Leg. civ.*

Propriamente *stillicidio* è l' acqua che cade a goccia dalle tegole. Così Ubero.

» Stillicidium est quasi stillae cadium: stilla contracte a stiriola, quod est diminutivum a stiria, quae guttam significat concretam aut pendentem: *Turpis ab inviso pendebat stiria naso* habet Martialis Lib. 7. epigram. ad Castricum. Hic stillicidium est acqua guttatim de tegolis cadens. *Huberi Praelection. Lib.* 2. *tit.* 3. *de servitutib. praedior. n.* 6.

Il dritto romano distingueva la servitù dello stillicidio da riceversi da quella di non riceversi. Einnecio ne dà l' idea più precisa di amendue.

» Servitus stillicidii recipiendi est jus quo vicinum praedium tenetur recipere stillicidum nostrum.

» Servitus stillicidii non recipiendi, quando statuta permittunt, ut stillicidium in vicini fundum cadat, sed ego tamen vicinum prohibere possum, quo minus id faciat e. g. A est area vicini B tectum, unde stillicidium meum cadit. Si vicinus id pati tenetur, habeo ego servitutem stillicidii recipiendi; contra si per statutum mihi liceret, ut stillicidium meum in vicini aream immittere possim, is tamen me prohibere posset, foret haec servitus non recipiendi stillicidii. Ergo, et facile intelligimus quae sit servitus fluminis recipiendi, et non recipiendi. Stillicidium enim et flumen differunt, uti minus, et majus. Stillicidium est aqua ex tecto stillatim, vel guttatim cadens: flumen est aqua ex tecto cadens in canales collecta. In stillicidio acqua cassitat, in flumine cum impetu ruit. *Heineccii Recitationes Lib.* 2. *tit.* 3. §.404.

Concesso il dritto di alzare una fabbrica, cui era annessa la servitù dello stillicidio, questa servitù rimane estinta? Paolo decide per la negativa.

» Si sublatum sit aedificium (*dominans*) ex quo stillicidium cadit, ut in eadem specie, et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur (*propter utilitatem intelligitur idem quod non est idem; sed mutatum, vel auctum, vel diminutum*): nam alioquin si quis strictius interpretetur (*aliquis*) aliud est quod sequenti loco ponitur; et ideo sublato aedificio ususfructus interiit (*in eo constitutus*) quamvis area pars sit aedificii. Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areae ibi aedificare (*scilicet sic ut non recipiatur stillicidium, alioqui est contra finem hujus legis*), ubi cassitare coepit stillicidium. *L.* 19.§.2.*D. de serv. urb. praed.*

Casus. Si sublatum. Si tu debes mihi servitutem stillicidii recipiendi ex domo mea, et ista domus diruatur, refici debet eadem qualitate, et specie, et idem aedificium esse intelligetur. »

Cujacio nella ipotesi dello stillicidio, e di altre servitù costituite in un edificio, che poi cade, dichiara, che rialzandosi questo edificio, tutte le servitù restono anche rinnovate.

» Tu mihi concessisti jus altius non tollendi, et jus stillicidii recipiendi: ego deinde tibi concessi jus altius tollendi, remissa servitute altius non tollendi; an videtur remissa etiam servitus stillicidii recipiendi? Minime. Sed tamen quia non est remissa haec servitus ita debes altius tollere, ut semper stillicidium recte recipias. *Cujacii Comment. in tit.* 2. *de serv. praed. urb. lib.* 8 *D. ad L.*21.

» Colui che costruisce un edificio del quale lo scolo si farà cadere dalla parte del fondo vicino, dee lasciare, al dir di Pardessus, al di là del suo muro uno spazio di terreno sufficiente per ricevere le acque de' suoi tet-

ti, lavatoj, o cucine. Non possono esservi regole certe intorno alla estensione di questo terreno. È questa generalmente fissata al doppio dello sporto del tetto, onde le acque non cadano immediatamente sul fondo limitrofo. Ma se il proprietario del tetto vi situasse un canale, non sarebbe tenuto a lasciare uno spazio maggiore dello sporto. L' espediente più analogo in questi due casi sarebbe per analogia dell' articolo 662 (583) di far decidere dai periti quello ch' è necessario onde non si rechi danno al vicino: e se questi avesse un muro lungo il terreno lasciato per ricevere lo scolo, bisognerebbe lastricarlo per impedire, che l' acqua noccia alle fondamenta di questo muro. *Pardessus. Trat. delle servitù. N.* 213.

Del dritto di passaggio.

» §. 44. Il proprietario i cui fondi sono
» chiusi da ogni parte, e che non ha ve-
» runa uscita sulla via pubblica, può do-
» mandare un passaggio sù fondi de' suoi vi-
» cini per la coltivazione del suo podere,
» assumendo il peso di una indennità pro-
» porzionata al danno che tal passaggio può
» cagionare. *Art.* 603. *Leg. civ.*

Il dritto romano tra le servitù dei predj rustici enumera particolarmente quelle dette *iter*, *actus*, *via*. Tali servitù quantunque relative al dritto di prendere un passaggio nel fondo altrui, in riguardo all' uso serbano nondimeno una diversità fra loro; dappoichè la prima *iter* è un dritto circoscritto alla sola persona, da non estendersi a quello di condurre il bestiame, o i carriaggi: la seconda *actus* comprende il diritto del passaggio per la persona, e pel bestiame, e carriaggi che vuol condurre, senza far uso delle carrette; finalmente l'ultima *via* riunisce il dritto di passare, e condurvi tutto. Il nostro articolo non presenta alcuna distinzione su di ciò, esprimendosi solo che *il proprietario può domandare un passaggio su' fondi da' suoi vicini per la coltivazione del suo podere*. Questa espressione riunisce è vero tutto quello, che possa essere relativo all'oggetto pel quale la servitù del passaggio vien costituita; ma i diversi casi, che possono incontrarsi su la specie potrebbero dar luogo a delle particolari discussioni: quindi è mestieri esaminare quanto più accuratamente ne ha detto Van-Bynkershoek.

»Definire haec ut distinguere docuit Ulpianus in *l.* 1. *ff. de servit. praed. rustic. Iter*, inquit, *est jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet: qui actum habet, et iter habet, etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter, et actum et se via continet.* Procul dubio alii recte ediderunt *in se*, ut est in MS. meo, et in *Institutionibus*, in quas *lib.* 2. *tit.* 3. illa Ulpiani, paucis additis, Tribonianus transcripsit. Non dicam, nisi de difficilioribus, quaeque ab aliis non recte expedita reor. Satis autem inde constat, ut et ex *l.* 7. *pr. et l.* 12. *ff. eod. tit.* iter absolvi sola facultate eundi, ambulandi, sed plus esse in actu, hunc enim qui habet, posse *agere vel jumentum vel vehiculum*, sive, ut Paulus dixit in *d. l.* 7. *pr. plaustrum ducere et jumenta agere*, sive, ut Modestinus in *d. l.* 12. *armenta trajicere et vehiculum ducere*. Sin autem ea loci sit angustia, ut jumentum duntaxat duci possit, non vehiculum, adhuc actus erit, quum alterutrum sufficiat *l.* 13. *ff. de servit.* et sane iter esse nequit, cum jumenti ductio notissimos itineris terminos excedat, ut verum est ex definitione, et *d. l.* 7. *pr.* Ita discimus iter distinguere ab actu, et qua re fiat, ut actui iter per consequentias insit. Sed de via quid dicemus; valde turbat ejus definitio, si enim nihil sit aliud, quam *jus eundi, et agendi, et ambulandi*, non video, quid via habet praecipuum praeter iter et actum: eundi et ambulandi facultas est ex itinere, agendi ex actu. Utrumque habet, qui actum habet, nec, ut videtur, quicquam amplius, qui habet viam. Unde Franc. Connanus *comment. jur. civ. lib.* 4, *cap.* 11. eo fere devenit, ut actum a via non distinguendum existimaverit; certe ita in definitione non est, quod distinguat. Igitur ipse ille Connanus, in definitione viae, pro *eundi* legendum putabat *vehundi*, ex vestigio, inquit, veteris libri, quod sequitur Donellus *comm. jur. civ. lib.* 11. *cap.* 6. *in fin.* et, neutro

laudato, Grotius in *flor. spars.* ad *pr. Inst. de servit. praed.* quodque ego omnino probo, quia *viae* proprium est *vehere*, nec viam esse existimamus, qua vehiculum ire non potest *l.* 24. *pr. ff. de serv. praed. rust.* Sed ita necdum defungimur difficultate; quia, utcunque jus vehendi contineatur via, id ipsum tamen et actu contineri dixeris, quia, qui hunc habet, utique potest, *agere vehiculum*, non vacuum, opinor, sed lapidibus, trabibus, aliisve onustum, quo nec *trahere* esse videatur praecipuum viae, ut tamen Paulum dixisse putes in *l.* 7. *pr. ff. de servit. praed. rust.* Cujacius *lib.* 22. *observ. cap.* 35. scrupulum, quem injicit definitio, non exemit. Exemit quidem Hotomanus, Menagio *amoenit. jur. civ. cap.* 36. aliisque laudatus, sed truculenta crisi, qua Ulpianus actum definivisset, *jus agendi jumentum*, *non etiam vehiculum*, et viam, *jus eundi*, *agendi, et avehendi*; qua emendatione etiam ideo non utimur, quod et alibi passim vehiculum actui tribuatur. Ant. Faber *conject. jur. civ. lib.* 1. *cap.* 20. et Janus a Costa ad *princ. Inst. de servitut. praed.* solam *ambulationem* viae κριτήριον esse volunt, eoque in definitione ab actu distingui, sed quum actui insit iter, atque adeo ambulatio, apparet, haec frustra dici: quanquam et ita fere Duarenus *disput. anniv. lib.* 1. *cap.* 31. Succedat tandem AEgidius Menagius; is autem prolixo *cap.* 36. *amoenit. jur. civ.* in quo totus est in hoc argumento, nihil, quod sciam, praestitit; nunc Theophilum exscripsit, nunc Basilicos, nec tamen quicquam inde attulit in rem suam. Hotomani emendationem nunc damnat, nunc defendit: sane Ulpianum in *l.* 1. *ff. de servit. praed. rust.* aliquid ad istar ejus emendationis scripsisse adfirmare non dubitat; quum autem alii JCti vehiculum actui adscribant, simul respondet, Auctores nostros sibi hac in re non constitisse, aliis sequutis verborum proprietatem, aliis loquendi consuetudinem, et Tribonianum id, qua erat imprudentia, susque deque habuisse. Indignum facinus! ita vero JCti nostri in re trita et quotidiana? tam varie, tam vere Protei? et cedo, ubi discrepent. Omnes uno ore: *actum esse jus agendi vel jumentum vel vehiculum*, nec, in eo qui dissentiat, scio ullum.

» Semper tamen existimavi, viam latius patere, quam actum, actum quam iter, et Ulpianum in definitionibus suis, ubi id agendum erat, satis esse complexum. Quod cum obtinere non potuerint Interpretes, a me sententiam rogati, videamus, an non in definitione actus, *agendi* verbum lucem adferat, et difficultatem plane extricet. Quum lex ait, „ *actum esse jus* AGENDI *vel jumentum vel vehiculum*, utique eadem significatione eam vocem ad *vehiculum* refert, atque ad *jumentum*. *Agit* autem *jumenta* bubulcus cum ante se propellit, ipse pone sequens, ut ex Virgilio aliisque passim hic Interpretes adnotarunt. Igitur, si eadem notione id verbum referas ad *vehiculum*, de eo vehiculo sermo erit, quod poterit agi, propelli, protudi, *currum trusatilem* vulgo vocant. Aeque commoda est vox *ducendi*, qua utuntur quoque JCti, cum in describendo actu, id genus vehiculi exprimunt *l.* 7. *pr.* et *l.* 13. *ff. de serv. praed. rustic.* nam *ducere vehiculum*, ex proprietate verbi, nihil est aliud, quam manu trahere, seu attrahere et adducere: quod rursus *currum manualem*, sive *traham* notat. Neque praeter duas illas voces, in definitione actus, aliam reperio; neque vel simpliciter *vehendi* verbum, vel *jus vehendi*, vel aliud quid, quo significaretur plena vectio, et ea etiam, quae fit bigis quadrigisve: quod viae proprium esse opinor. Ita enim sentio: qui habet iter, potest ire, ambulare, eques, pedes, nihil interest. Idem potest, qui habet actum, sed et praeterea agere armenta, et uti vehiculis manualibus. Qui viam habet, praeter haec potest curribus adhibere equos, boves, et, ut libuerit, uti omnigena vectione.

Nisi ita distinguas, aut fallor, aut in definitione alia distinctio non est. Confirmant haec veteres Grammatici, ubi, quid sit iter, actus, et via exponunt; loca non recitabo, quia ab Interpretibus nostris promiscue recitata sunt, sed, quod spondere ausim, in rem nostram potius, quam suam. Unum addo, quod illi omiserunt, nempe *vehiculum*, quo verbo potissimum auctores nostri utuntur in definitione actus, secundum Varronem non esse, nisi *minorem veham*, qualem et nos, qui actui conveniat, descripsimus. Sed

quia fallunt saepe argumenta, quae ab etymis ducuntur, dabo aliam rationem, quam res ipsa suggerit. Viae latitudo, ex XII. Tabb. octo pedum est in porrectum, sedecim in anfractum *l.* 8. *ff. de serv. praed. rust.* atque haec servatur, nisi aliud convenerit *l.* 13. §. 2. *eod. tit.* Actus latitudo non quidem definita est jure civili, nam si nihil dictum sit, arbitri partes erunt *d. l.* 13. §. 1. attamen olim definitam fuisse dubitare non patitur Varro *de ling. lat. libr.* 6. *Actus*, inquit, *finis minimus constitutus in latitudinem pedes quatuor.* Quocum convenit Paulus apud Festum in verbo *Actus*, quem definit, *iter inter vicinos quatuor pedum latum*: *et Isidorus lib.* 16. *orig. cap. ult.* qui viam ait *capere duos actus.* Quatuor pedibus quidem successit boni viri arbitratus, sed is solet statuere secundum ea, quae fiunt επι το πλειστον; quin olim, ubi latitudo legitima fuit quatuor pedum, actus non minus fuit *jus agendi vehiculum*, quam post, ubi latitudo fuit arbitraria. Nunc scire velim, qui vehiculum, ab equis bubusve tractum, potuerit agitari spatio quatuor pedum; nemo id dixerit. Quare superest, ut Auctores nostros intelligamus de eo vehiculo, quod ejusmodi spatio agitari potuit, de minori scilicet, et manuali, quod propelli adducique solet. Etiam alias in costituenda servitute de genere vehiculi fuisse actum, palam est ex *l.* 4. §. 1. *ff. de servit.* et *l.* 11. *pr. ff. quemadm. servit. amitt.* ut ita distinctio vehiculi ei rei saepe formam dederit ac modum. *Van-Bynkershoek Observat. jur. rom. Tom.* 1. *lib.* 4. *cap.* 7.

» Questo articolo, osserva inoltre Maleville, stabilisce a primo aspetto una regola generale. Suppone un fondo, che si trovi chiuso senza che si sappia il come ciò sia avvenuto, nè da qual podere sia stato per lo innanzi diviso. A dir vero il caso è un poco improbabile, ma non impossibile. Ammettiamo adunque, che questo fondo sia incolto da lungo tempo. Il padrone vuol coltivarlo: come farà per giungervi? L'equità, ed il vantaggio medesimo rispondono alla inchiesta. È forza che i vicini lascino libero il varco mediante una indennità.

» Ma il più delle volte questo fondo apparteneva ad un proprietario di più esteso podere che lo ha venduto o dato ad altri separatamente. In tal caso appartiene al venditore o donante di dare il libero passaggio, e di darlo gratuitamente, anche se il piccolo fondo non fosse stato dato o venduto coi dritti di servitù, come ordinariamente si costuma *L.* 22. §. 1. *D. de condit. indeb.* È anzi una regola generale che quando due fondi appartennero in origine alla medesima famiglia, la servitù di passaggio è dovuta senza indennità. *Maleville Osservaz. all' art.* 682 *del cod. civ.*

Nella corte di cassazione di Parigi fu questione se colui il quale ha una uscita alla via pubblica, e che nondimeno reclama un passaggio sopra il fondo de' suoi vicini debba compensarlo? A 11 frimale anno 14 fu deciso per l' affermativa.

» *Fatto.* Veisserie passava da lungo tempo sopra i fondi della signora Redond per trasportare i frutti da un campo vicino.

» Nell'anno 10 fu citato d'avanti il tribunale di Brionde per udirsi condannare a desistere da questa servitù.

» Sentenza preparatoria che permette a Veisseire di provare che invece di una servitù, il passaggio in quistione è una via vicinale.

» Produce due testimonj che affermano questo fatto.

» Ma il tribunale non vedendosi bastevolmente illuminato da questa deposizione, pronuncia una seconda sentenza interlocutoria, onde far rilevare col mezzo di periti il piano topografico del luogo in quistione.

» Presentato questo piano, si è verificato dal tribunale, che il passaggio praticato da Veisseire è una via vicinale che conduce da Langeac a Saint Flour:

» Che ha sempre servito alla coltivazione dei campi vicini e del bosco comunale:

» Che Veisseire non può passare per altra parte, tanto per causa delle montagne, quanto del rio che circondano il suo fondo:

» Il tribunale ha mantenuto Veisseire nel suo passaggio.

» La signora Redond non si è acquietata a questa decisione. Prima ha ricorso alla corte di appello, poscia alla corte di cassazione.

» Difesa dall' avvocato Guichard, imputava ai giudici di appello di Riom di avere dop-

piamente violato l'articolo 682 del codice civile.

» 1. Questo articolo permette di domandare un passaggio a quel proprietario che non ha alcuna sortita sulla via pubblica. Ora è certo che Veisseire ne ha sempre avuto uno, poichè non ha cercato di estrarre il suo raccolto dal fondo della Rebeyre se non dopo molti anni; che dapprima egli aveva un'altra sortita più vicina assai alla strada vicinale; che essa non era obbligata a sacrificare più a lungo una parte del suo podere per la sola ragione che il signor Veisseire vi troverebbe la sua comodità; ch' egli deve continuare a coltivare il suo fondo nel modo che li suoi maggiori avevangliene dato l'esempio.

» 2. Allorchè la necessità impone ad un proprietario di tollerare un passaggio sopra il suo fondo, non fa ciò se non assicurandolo di un giusto compenso. L' ultima disposizione dell' articolo 682 non fa in questo punto che consacrare una massima di equità riconosciuta da tutti i popoli ed in tutti i tempi. Ora non è strano che i giudici di prima istanza, e quelli di appello abbiano accordato a Veisseire un passaggio di puro piacere, e che non pertanto non abbiano fissato verun compenso a favore della persona gravata della nuova servitù?

» Siffatta sentenza trae seco una troppo manifesta violazione delle convenienze e dei principj e della legge, per non essere dalla corte suprema annullata.

» La corte, inteso il signor Pons S. P. G.

» Atteso che l' obbligo imposto dall' articolo 682 del codice civile di pagare un compenso al proprietario del fondo sopra il quale si pretende un passaggio, non è, a termini di questo articolo, applicabile se non in quanto il fondo del reclamante non abbia uscita sulla via pubblica, ciò che nel caso non si riscontra ec.

» Rigetta ec.

La suprema corte di giustizia con decisione de' 29 novembre 1825 consagrò la teoria, che costituita la servitù di passaggio con pubblico istromento, la interruzione che si vuol sostenere non da luogo al giudizio innanzi al giudice di circondario. L'esame del titolo ricerca altro metodo di giudicare.

» *Fatto*. I signori D. Luigi, D. Giuseppe, D. Ignazio, e D. Francesco Majorini dicono di avere la servitù della via per sopra il territorio denominato *Li Juliani* dei signori D. Paolo, e fratelli Galdieri. Era già trascorso un' anno da che non vi transitavano le di loro pecore. Avendovi dopo il decorso di un' anno fatto passare una lor gregge, i fratelli Galdieri adirono la giustizia regia di S. Severino, e dedussero la turbativa dal pacifico possesso del lor fondo, ed i danni cagionati dalle pecore. Quel giudice ebbe per vero, che i signori Majorini avean conservato la servitù *actus* col transito de' loro animali vaccini, e ritenendo, che quando la servitù si conserva per una parte, vale per come si fosse conservata per tutto, con sua sentenza del 13 gennajo 1824 rigettò la domanda di turbativa proposta da fratelli Galdieri, e condannò contemporaneamente i signori Majorini al ristoro dei danni cagionati dalle pecore.

» Appello. Davanti al tribunale civile di Salerno, non venne negato, anzi venne confessato, che da più di un' anno le pecore, e capre de' signori Majorini non erano passate pel fondo de' signori Galdieri.

» Considerando quindi esso tribunale, che la quistione possessoriale era tutta di fatto: che il fatto era certo, e che la quistione, circa al modo di usare delle servitù apparteneva al giudizio petitoriale, con sentenza de' 7 aprile detto anno rivocò la sentenza del primo giudice, ed ordinò, che i signori Galdieri non fossero turbati dal possesso del fondo, con astenersi i signori Majorini dal farvi passare le loro pecore; salvi li dritti, che a medesimi poteano competere, da sperimentarli in altro giudizio.

» Avverso della enunciata sentenza si è prodotto ricorso per annullamento da' signori Majorini. Quattro motivi allegano i medesimi e sono.

» 1.° Violazione degli art. 237 e 219 delle leggi di procedura civile, perch' essendosi interposta una sentenza di riunione di contumacia, e questa essendosi intimata nel 27 marzo, si citò il contumace a comparire al l' udienza del giorno 2 aprile, senza essersi fatto trascorrere gli otto giorni richiesti dalla

legge, la qual cosa essendosi motivata non fu attesa dal tribunale.

» 2.° Che non avendo essi Majorini interrotto giammai l' esercizio della servitù della via non può dirsi, che per non esser transitate le sole pecore da più di un' anno, ne avessero perciò perduto il dritto; che in conseguenza siasi male interpetrato l' articolo 127 delle accennate leggi di procedura civile.

» 3.° Che il tribunale siasi fondato sul danno ricevuto dal passaggio delle pecore; ma che questo produca azione d' indennizzazione, e non di turbativa. Violazione quindi dell' art. 603 leggi civili.

» 4.° Che la servitù sia individua, e che essendosi dichiarata ferma per quel che riguarda via, e passaggio delle pecore siasi violata la legge 2. *ff. quemadm. servit. ammit.*

» Udito il rapporto, ec. ec. ed inteso il pubblico ministero che ha conchiuso all' annullamento della sentenza impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero.

» Vista la sentenza: Visto il ricorso.

» Ha osservato, che gli attori Galdieri pretesero nel giudicato regio di Sanseverino d' impedirsi il passaggio delle pecore de' convenuti Majorini, che dissero aver fatto seguire su di una stradella, della quale erano in possesso di limitata servitù, che dissero ampliata con questo recente passaggio, e delle quali gli attori dissero di essere esenti da più di un' anno, onde in linea di turbativa volean corretto l' abuso, coll' emenda de' danni, che dissero cagionati loro dalle pecore nel fondo adjacente.

» Ha osservato la corte suprema, che li convenuti Majorini esibendo l' istromento di acquisto della servitù di passaggio per una strada di palmi otto con bovi giunti, e disgiunti aveano giustamente sempre usato il passaggio delle pecore, che nel più eran comprese; e se non avessero usato per un' anno del transito delle pecore non poteva dirsi di aver perduto il dritto, trattandosi di una servitù discontinua titolata.

» Ha osservato la corte suprema, che il regio giudice senza incaricarsi della sua incompetenza, trattandosi di esame del titolo per la pretesa ampliazione della servitù, che non si negava, mentre provvide sulla rifazione de' danni, ch' era di sua cognizione, disse di non essere ammissibile la domanda degli attori; ma non ragionò della sua incompetenza, facendo unitamente l' esame in dritto, al cui rapporto non volle ammettere la domanda.

» Ha osservato inoltre la corte suprema, che il tribunale civile mentre conobbe, che l' esame era tutto di titolo, per risolversi se la servitù acquistata ammetteva anche il transito delle pecore, e conobbe, che non si negava, che le pecore eranvi passate, e che solamente da un' anno, non avevano li fratelli Majorini usato di questo dritto; non elevò la questione della incompetenza del regio giudice per ragion di materia, e pronunciandosi come giudice di appello sul merito, decise sul semplice possessorio, e rinviò le parti ad altra cognizione per lo petitorio.

» Ha osservato, che questo procedimento del tribunale civile è tutto erroneo, ed illegale, perchè esso non ha riflettuto, che trattavasi di una servitù discontinua fondata sul titolo, che non poteva prescriversi massimamente per lo breve corso di un' anno.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la sentenza impugnata: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame al tribunale civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 45. Il passaggio dee regolarmente » prendersi in quella parte in cui il transito » è più breve dal podere chiuso alla via » pubblica. *Art.* 604. *Leg. civ.*

» La obbligazione di dare il passaggio, dice Pardessus, essendo imposta dalla legge a tutti i vicini di un fondo chiuso e senza uscita, niuno vi si può sottrarre, nè anche sotto pretesto che il suo podere è chiuso: ma da un' altra parte colui che ha bisogno del passaggio non ha dritto di scegliere indistintamente.

» Dev' egli a dirittura in preferenza dirigersi a colui dalla parte del quale il transito è più breve per giungere alla via pubblica. Tale è il voto dell' articolo 683 (604);

dal che è d'uopo conchiudere che uno dei vicini contro di cui la domanda fosse diretta, potrebbe rifiutarsi con allegare, e provare che il fondo di un'altro vicino presenta un transito meno lungo. In secondo luogo la equità, e la posizione de' luoghi debbono essere particolarmente considerate; poichè se il podere che offrisse un transito più breve fosse un recinto, un edificio, un giardino, non sarebbe giusto di dirigersi con preferenza al proprietario di questo luogo; e se l'azione si dirigesse ad un altro vicino, di cui il terreno aperto e meno prezioso offrisse un transito più lungo, questi non sarebbe ammesso ad invocare il testo rigoroso dell'articolo 683 (604).

» Il principio generale può anche in alcune circostanze ricevere delle modificazioni in favore di colui che ha bisogno del passaggio. Se l'uso del più breve transito l'obbligava a delle spese considerevoli, per es., alla costruzione di un ponte su qualche ruscello o burrone, potrebbe indirizzarsi ad un altro vicino la di cui proprietà offrisse un transito più lungo, ma più comodo. I termini dell'articolo 683 (604) han per oggetto di esprimere ciò che dee aver luogo il più ordinariamente. E tale è la idea che contiene la parola *regolarmente* di cui fa uso il legislatore.

» Parrebbe giusto che colui il quale si trova in cotal modo aver bisogno del passaggio, si dirigesse in preferenza, sia ai suoi condividenti se il terreno chiuso gli è pervenuto da una divisione, sia al suo venditore, sia al suo donante, sia agli eredi di colui che glie lo avesse donato o legato; poichè non vi ha dubbio, secondo i principj sanzionati dall'articolo 1018 (972) che la trasmissione di un fondo con uno di questi titoli ne produce la obbligazione di un passaggio per andarvi.

» Ma il difetto di attenzione e di vigilanza nella redazione degli atti, o l'elasso del tempo può averlo renduto non ammessibile contra i suoi garanti: la sua imprudenza verrebbe punita con troppa severità, se avesse per risultato di colpire il fondo di una eterna inutilità: l'interesse pubblico ne soffrirebbe. A qualunque titolo adunque un podere sia pervenuto a colui che ha bisogno di un passaggio per coltivarlo, può esso rivolgersi a colui fra i vicini, il quale, come si è detto, è più a portata di somministrarlo.

» Il luogo dove il passaggio sarà preso, la larghezza che avrà, e le altre condizioni ad esso relative sarà oggetto da determinarsi dai tribunali dietro una relazione dei periti, se le parti non si accordano tra loro. *Pardessus. Trat. delle servitù N.* 219 *a* 220.

» §. 46. Ciò nondimeno il passaggio debbe essere stabilito in quella parte ove riesca di minor danno a colui, sul cui fondo viene accordato. *Art.* 605. *Leg. civ.*

Celso propone due questioni: 1. concessa la servitù di passaggio per un fondo può esercitarsi in qualunque parte del fondo stesso? 2. incominciato il passaggio per una parte può variarsi? Per la prima ritiene l'affermativa in ragione di uno stretto dritto; ma in ragione di equità egli dice di scegliersi quella parte, che sia meno dannevole al fondo. Per la seconda si dichiara per la negativa.

» Si cui simpliciter (*idest sine certi loci definitione*) via per fundum cujuspiam cedatur (*inter vivos*) vel relinquatur (*in ultima voluntate*) in infinito videlicet, per quamlibet ejus partem ire agere licebit (*scilicet illi cui est constituta, et sic datur ei electio*) modo civiliter: nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est: cum id aeque commode per alteram partem facere possit, et minore servientis fundi detrimento (*nec enim malitiis*). Verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae ejus potestatem haberet. Sic et Sabino quoque videbatur; qui argumento rivi (*relicti vel concessi*) utebatur quem primo qua liberet (*parte fundi*) ducere licuisset; posteaquam ductus esset transferre non liceret (*in illam partem fundi; sed dominus potest ex causa mutare sine incommodo ejus cui debetur servitus ut infr. de reli. l.* 11 *§. pen.*) quod et in via servandum esse verum est. *L.* 9. *D. de servitutibus.*

Casus. Concedo servitutem itineris per fun-

dum meum; nunquid per quamlibet poteris partem ire? et responde quod sic de stricto jure; sed locus est de aequitate constituendus; quia debes ire per illam partem, quae minus nocet fundo meo. Sed nunquid si per aliquam partem coepisti ire, poteris variare? et responde quod non; quare nec amplius poteris variare; nam sic in rivo electio est, ut non possit iterum electum rivum mutare.»

» Accade sovente, dice Maleville, che alcuni proprietarj vicini ad un guasto sentiere debbano aprire un passaggio ai privati cittadini, ed al pubblico. Questa é una vera servitù naturale. Rimane solo a sapersi se codesti proprietarj abbiano il dritto di ricercare ai viandanti una indennità. Io nol credo; poichè compete regolarmente a colui ch' è possessore delle sponde di una strada il riaccommodarla, quando quest' obbligo non appartiene nè al pubblico, nè ai comuni. *Maleville. Osservaz. all' articolo* 684 *del cod. civ.*

» Importa questo articolo, soggiunge poi Delvincourt » che se l' uscita o il tragitto più breve è il più dannoso nel tempo stesso, come un cortile, un verziere ec. il passaggio debb' esser preso da un'altra parte, ma se tutte le uscite sono dannose egualmente, dee prendersi la via più breve.

» Cosa sarà a dirsi se dopo lo stabilimento del passaggio, il proprietario del fondo chiuso venisse ad acquistare un fondo annesso al suo, e sporgente sulla via pubblica? A me sembra che l'equità esigerebbe in questo caso che il proprietario il quale è stato obbligato ad accordare il passaggio sul proprio fondo, potesse domandare di esimersi da questo peso, salvo a regolare la indennità, se questa non consistesse in un' annua prestazione. Tale decisione potrebbe fondarsi per analogia sugli articoli 209 e 301 cod. civ. (art. 199 e 230.); e sopratutto sul 701 (622) dal quale risulta che principalmente in materia di servitù i principj del dritto debbono cedere a quelli dell' equità naturale. Io non credo neppure che in questo caso il proprietario del fondo chiuso possa poggiarsi sul suo possesso, quando lungo sia stato. Poichè prima di tutto qui si tratta di una servitù discontinua, la quale non può acquistarsi colla prescrizione: in secondo luogo il titolo reclamerebbe sempre, e sarebbe la pruova in ogni tempo esistente che il passaggio non sia stato accordato, se non per necessità; e ciò esclude ogn'idea di prescrizione. *Delvincourt. Corso del codice civile nota* 50 *al tit.* 4. *Tomo* 3.

» §. 47. L' azione d' indennità nel caso » preveduto dall' articolo 603 (§. 41.) è » soggetta a prescrizione; e continua il dritto di passaggio, quantunque l' azione d' in» dennità non sia più ammessa. *Art.* 606. » *Leg. civ.*

Questi articoli, dicono gli autori delle pandette francesi, non sono relativi che al passaggio forzato a ragione della situazione de' fondi

Se un fondo, per la natura della località, non mette capo ad una strada, e non è accessibile che passando pel fondo vicino, è certo che il proprietario di questo fondo così chiuso ha il dritto di domandare un passaggio e i suoi vicini debbono accordarglielo. Questa è una conseguenza del dritto naturale.

» Ma il proprietario del fondo chiuso non è padrone, per domandare il passaggio, di dirigersi fra i suoi vicini a quello che vuole scegliere. Se la porzione chiusa fa parte di una eredità e che questa sia toccata o per un testamento, ch' è il caso il più ordinario, a colui che domanda il passaggio, questi deve ricorrere contra l' eredità per ottenerlo. Se l' ha comprato, deve domandarlo a' suoi venditori.

» Così si risponde alla quistione fatta dal tribunale di Lione che domandava a chi doveva dirigersi il proprietario del fondo chiuso.

» Su questa domanda: da chi e su qual fondo debbe accordarsi il passaggio, conformandosi agli articoli 683 e 684 ?

» Il progetto si restringeva sin là. L' articolo 685 è stato aggiunto dopo l' osservazione fatta dal tribunale di Besanzone su' passaggi attualmente esistenti.

» Per altro non poteva esservi alcuna difficoltà. Era impossibile di dubitare che il tempo ed il possesso non avessero messo coloro che ne godevano, al coperto di ogni ricerca e di ogn' inquietudine.

» Vi è un caso in cui il passaggio diventa

necessario accidentalmente, e non è dovuto che per un tempo; cioè, quando l'ordinario cammino è rotto e diventa assolutamente inpraticabile. Allora sinchè il cammino sia riparato, si deve dare il passaggio sulla possessione più vicina, mediante una giusta indennità. Ma questo non è una servitù, e non ne risulta altro dritto in favore di colui a cui viene accordato, se non che di passare sinchè la riparazione del cammino faccia rientrare le cose nel suo ordine.

» Si comprende che in tutti i casi il passaggio si deve dare come conviene perchè il proprietario del fondo chiuso possa coltivarlo.

» Vi è ancora una circostanza in cui il passaggio può divenir necessario e continuare per sempre, cioè quando il cangiamento di situazione di un cammino o di una strada ha soppresso l'uscita che antecedentemente esisteva. Allora il proprietario che la perde, può domandare il passaggio a' vicini che si trovano tra lui e la nuova strada; e per fissarne il luogo proprio, bisogna regolarsi secondo le regole prescritte dagli articoli ch' esaminiamo.

» Riguardo al passaggio di servitù, questo si deve regolare col titolo di concessione. Sopratutto importa di stipularne chiaramente le condizioni per evitare ogni disputa. Fa d'uopo esprimere da qual sito si prenderà il passaggio, quale specie di vettura sarà ammessa o esclusa, da quanti cavalli potrà essere tirata, ed in qual tempo potrà esercitarsi il dritto di passaggio.

» In mancanza di queste clausole, l'uso della servitù viene regolato da' principj generali.

» Se il titolo non indica da qual sito si dovrà prendere il passaggio, la determinazione di questo sito rimane alla scelta di colui che deve darlo, perchè come riflette Dumolin, quantunque la servitù esista tutta intiera nell'universalità, come in ciascuna parte che la deve, ciò non ostante debb'essere esercitata col minor danno possibile pel fondo soggetto. Vi sono, come sullo stesso oggetto dicono benissimo i giureconsulti romani, alcune condizioni che vengono supplite di dritto, senza che abbiano bisogno di essere stipulate cogli atti.

» Il dritto di passaggio traverso un fondo non autorizza colui, a cui questo dritto appartiene, ad abusarne ed a farlo degenerare in vessazione, anche quando il modo di usarne non fosse determinato dal titolo. Le parti allora rientrano sotto l'azione del principio generale, che la servitù debbe essere esercitata in guisa che il fondo serviente ne provi il minor pregiudizio, ed il suo proprietario il minor incomodo che sia possibile.

» Da ciò ne segue che colui il quale gode del dritto di passaggio non può servirsene ad ore indebite in pregiudizio del riposo e della sicurezza del vicino che deve questo passaggio. Un decreto del parlamento di Parigi de' 16 febbraro 1618 ha giudicato secondo questo principio che colui il quale aveva diritto di passaggio a traverso di una casa, non potesse farne uso che nel tempo ordinario destinato agli affari, vale a dire nell'inverno dalle sei ore della mattina sino alle nove della sera, e nell'estate dalle quattr'ore della mattina sino alle dieci della sera.

» Il proprietario del dritto di passaggio ha quello di fare le riparazioni necessarie per suo uso; e mentre ei le fa, s'è necessario, gli si debbe accordare il passaggio sopra un altro sito del fondo.

» Si domanda se il dritto di passaggio può acquistarsi col semplice possesso.

» Nello statuto di Parigi ed in altri statuti che non ammettevano alcuna servitù senza titolo, non si metteva in dubbio la negativa.

» Ma presentemente che la legge ammette che le servitù possono acquistarsi colla prescrizione, bisogna distinguere.

» Se io sono passato pel vostro fondo, senza che cos' alcuna provi ch' io abbia inteso far uso di questo passaggio come di un dritto, non avrò acquistata la servitù di passaggio, anche quando avessi fatto uso di questa facoltà per lunghissimo tempo, perchè, dice la legge, questo non è che un semplice atto di familiarità, dal quale nulla risulta.

» Fa d' uopo dunque che vi sia qualche segno indicativo che io ho inteso godere della servitù di passaggio; come se io avessi fatto qualche riparazione per assicurare o agevolare il medesimo, o che avendo voluto impedirmelo io abbia giudizialmente resistito

alla vostra intrapresa, allora la prescrizione incomincia a correre, contando dall' epoca in cui io ho fatto qualche lavoro, o da quella della contraddizione. *Osservazione all' art.* 685. *del cod. civ.*

Delle diverse sorte di servitù che possono stabilirsi su' beni.

» §. 48. È permesso ai proprietarj di stabilire sopra i loro fondi, o a beneficio di essi, qualunque servitù; purchè sia solamente imposta ad un fondo, e ad uso di un fondo; e purchè non sia imposta nè alla persona, nè a beneficio della persona; e purchè tal servitù non sia in alcun modo contraria all'ordine pubblico.

» Il titolo che costituisce le servitù ne regola l' esercizio e l' estensione. Mancando il titolo hanno luogo le seguenti disposizioni *Art.* 607. *Leg. civ.*

Principalmente è da osservarsi con Giustiniano che le servitù possono costituirsi per mezzo di patti, e di convenzioni, per testamento, e per la tolleranza del predio serviente.

» Si quis velit vicino aliquid jus (*id est aliquam servitutem*) constituere, pactionibus, atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollet aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiet; vel ut patiatur eum tignum in parietem suum immittere, stillicidiumve adversus eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere. *Institut. Lib.* 2. *tit.* 3. *de serv. rust.* §. *ult.*

In secondo luogo si osserva che il fine della servitù consiste in produrre l' utile altrui, vale a dire in giovare al fondo pel quale viene stabilita. È conseguenza di tali principj che la servitù costituita in beneficio della persona non è valida in dritto; come il coglier frutti nel fondo altrui, passeggiarvi, cenarvi. Così Paolo.

» Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut coenare in alieno possumus, servitus imponi non potest. *L.* 7. *D. de servitutibus.*

A buon conto è da convenirsi con Pomponio non potersi imporre altra servitù che quella, la quale ritorni a vantaggio del fondo, essendo ella di sua natura o soffrire, o non fare qualche cosa.

» Quoties nec hominum, nec praediorum servitutes sunt (quia nihil vicinorum interest) non valent: veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas; et ideo si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur (*non valet servitus, quia mea non interest imponi*); aliter atque, si mihi concedas, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia.

« Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat: sed ut patiatur aut non faciat aliquid. *L.* 15. *D. de servitutibus.*

Cujacio nella servitù di non alzarsi un edificio per non ledere la libera proprietà del vicino analizza li diversi casi, che han rapporto coll' ultimo §. di questa legge.

» Si aedificia debent servitutem altius non tollendi, supra eam altitudinem viridaria habere licet: nam ponere supra eam altitudinem viridaria, non est altius tollere aedes. Contra ait lex, si aedificia debent servitutem, ne prospectui officiatur, non licet supra aedificia ponere viridaria, nam ea officiunt prospectui. Ex eo apparet viridaria officere prospectui, atque ex eo etiam apparet hunc §. emendandum esse, ut legatur *ut amoeniorem*, non *aut. In suo pingat* scilicet, cui hoc jus ceditur; nam pictori lumen est necessarium. Ponebant etiam veteres viridaria in fenestris. Hoc explicat Plinius lib. 19. cap. 4. *Iam* inquit *in fenestris suis etc.* et Martialis lib. 11.

Donasti, Lupe, rus sub urbe nobis:
Sed rus est mihi majus in fenestra.

» Conclusio autem hujus §. haec est. Servitutem ita constitui non posse, ut aliquid vicinus faciat: ideo ex hac non competit vindicatio, sed actio in personam. Hinc quaeritur quid sit dicendum de servitute oneris ferendi: nam qui debet onus ferre, necesse est ut faciat aliquid. Respondeo: cum qui debet hanc servitutem, non facere, sed onus sustinere, id est pati. Iure autem singulari receptum est, ut is, qui hanc servitutem debet, cogatur parietem caducum oneri feren-

do destinatum reficere et restituere. Fuit quidem hoc controversum, sed vicit haec sententia *L. eum debere* 3. *de serv. urb. praed.* Rursus quaeritur, quid juris sit in servitute jus altius tollendi? respondeo, jus altius tollendi non esse tale ut is qui debet faciat, et tollat aedes suas, puta, ut venti arceantur, vel ut aestus solis excludatur; nam ita non constituetur servitus, sed jus personale. Sed jus altius tollendi tale est, ut is cui debebatur servitus non tollendi, hoc jure remisso, vicinum patiatur altius tollere, atque ita, qui hoc jus debet non facit sed patiatur. *Cujacii Comment. in tit.* 1. *de Servitutibus ad L.* 15. §. *servitutem.*

Il tribuno Albisson osservò inoltre su la specie, che si è » lasciato ai proprietarj la libertà la più intera di stabilire su la di loro proprietà quella servitù, che gli sembrano opportune, ma sotto due condizioni egualmente indispensabili: 1.° che i servizj stabiliti non sieno imposti nè alla persona, nè in favore della persona, ma solo ad un fondo, e per un fondo: ciò che non è se non una conseguenza immediata della definizione che caratterizza specialmente la servitù o servizio fondiario: 2.° che questi servizj non abbiano cosa contraria all'ordine pubblico; regola comune a tutte le specie delle convenzioni.

» Ma questa libertà può estendersi sino alla facoltà di modificare le servitù legali o stabilite dalla legge?

» L'oratore del governo ha risposto a questa quistione nella esposizione de' motivi del progetto. Non bisogna conchiudere, ha egli detto, da questa denominazione *servitù legali, o stabilite dalla legge* che non vi si possono apportare delle modificazioni o derogazioni colla volontà dell'uomo, ma solo che agiscano in mancanza di ogni convenzione per mezzo della natura delle cose ed autorità della legge.

» Una conseguenza naturale di questa libertà di convenzioni è che l'uso e la estensione delle servitù si regolano col titolo che le costituisce. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 50.

» Presso i romani, a dir poi di Delvincourt la stipula di una servitù non era sufficiente per dare allo stipulante il *jus in re* sul fondo sottoposto, nè in conseguenza per dargli il dritto di esercitare la sua azione contro ogni possessore: bisognava ancora ciò ch'essi chiamavano la *quasi tradizione*, vale a dire l'uso da parte dello stipulatore, e la pazienza per parte di colui che aveva promesso: *usus ex parte domini praedii dominantis, et patientia ex parte domini praedii servientis.* Sarebbe egli lo stesso oggigiorno che la tradizione non è più necessaria per trasferire la proprietà? Io nol credo. Il principio del codice è generale, e non ammette che una eccezione, quella stabilita nell'articolo 1141 (1895) riguardo alle cose mobiliari. D'altronde anche presso i romani vi erano delle servitù per le quali essi riconoscevano non potersi ottenere la quasi tradizione, ed erano le servitù negative riguardo alle quali il *jus in re* si acquistava col solo consenso. Or perchè non si applicherebbe lo stesso principio a tutt'i generi di servitù?

» Osservate che si può concedere una servitù su di un fondo di cui non vi è ancor proprietario. Solamente lo stipulante non acquisterà il *jus in re* che dal momento in cui il cedente avrà acquistato il fondo sul quale la servitù vien accordata. Fin qui non vi ha che un puro dritto personale il quale non può dar luogo che ai danni ed interessi. Il comproprietario può egli acconsentire ad una servitù sul fondo comune a vantaggio di un terzo? Egli nol può nel senso che il suo consenso sia sufficiente a dare il *jus in re* allo stipulante. Ma la convenzione avrà per effetto che se gli altri comproprietarj vi consentano, lo stabilimento della servitù diverrà valido. Sarà lo stesso se per effetto di una licitazione, colui che ha acconsentito alla servitù diventa il solo proprietario del fondo sottopostovi. Se il comproprietario avesse concesso la servitù sulla sua porzione solamente, lo stipulante avrebbe dritto di provocare la divisione per far determinare questa parte; e se per effetto della divisione e della circostanza che il fondo non potrebbe essere comodamente diviso, fosse aggiudicato per intero ad un altro comproprietario, la servitù svanirebbe; salva l'azione per ripetere quello che fosse stato pagato; come parimenti, se spettasse per intero a colui che ha se-

consentito alla servitù, essa potrà esercitarsi sulla totalità del fondo, poichè la sua porzione si trova essere allora la stessa totalità.»

Il medesimo giureconsulto su la massima di esser permesso in generale al proprietario di stabilire le servitù, che gli sembrano opportune sopra i suoi fondi, soggiunge » che ciò bisogna intendere non stabilirsi su la persona o in favore della persona, vale a dire che non si può stipulare, per modo di esempio che il proprietario di tal fondo sarà tenuto di rendere tal servizio personale al proprietario di tal altro fondo, d'altronde questo sarebbe contrario alla natura della servitù: *non ea est natura servitutum, ut quis agat, sed ut patiatur.* Ma siccome l'abbiamo già fatto osservare, io posso stipulare per avere durante la mia vita il diritto di passare su tal terreno. È questa una specie di dritto di uso. Del resto egli è così essenziale alla servitù di essere inerente al fondo per l'uso del quale essa viene accordata, che la legge 19. §. 1. *D. quemadmodum servit. amitt.* decide, che se un testatore ha legato ad uno de'suoi amici un dritto di passaggio, e dopo la morte del testatore, quest'amico ignorando il legato, abbia venduto il fondo per l'uso del quale il passaggio era stato legato, il diritto della servitù passa al compratore; talchè il legatario non può più ripudiare il legato in pregiudizio del detto compratore.

» È egli necessario di essere proprietario di un fondo per potere stipulare una servitù in favore di questo stesso fondo? Prima di tutto non è necessario ch'egli ne sia il solo proprietario? Un comproprietario in questo caso può assimilarsi ad un socio, il quale, non ha bisogno del consenso dei consocj per migliorare il fondo comune. Ma io credo inoltre che una servitù può essere stipulata da ogni sorta di persone con la distinzione seguente: se colui che ha stipulato, rappresenta sotto alcuni rapporti il proprietario del fondo, come il tutore riguardo al suo pupillo il marito riguardo a sua moglie, non vi ha alcun dubbio che la stipula sia interamente valida. Negli altri casi come si disse nell'articolo 1121 (1075) essa sarà valida tutte le volte che forma la condizione di una stipula che lo stipulante ha fatta nel suo proprio interesse, oppure di una donazione fatta a colui che diede il suo consenso alla servitù: ed in questo caso la stipula della servitù diverrà irrevocabile dal momento che il proprietario del fondo, in favore del quale essa si stipulò, avrà dichiarato volerne profittare. Fin qui essa potrà rivocarsi con la sola volontà delle parti. Sarà ancor valida, ove lo stipulante si è prevaluto del nome del proprietario del fondo, e che questi abbia ratificata la convenzione.

» Se questa convenzione sia stata stipulata dal possessore del fondo, io penso che la stipula debba essere di profitto al proprietario se l'ha ratificata, sia stato o no il possessore di buona fede. Finalmente, se siasi stipulata da un proprietario, ma di cui il dritto è rivocabile, io penso che avvenendo il caso della rivoca, la servitù non sarà meno irrevocabile riguardo al debitore, e salvo il dritto che ha colui al quale la proprietà ritorna, di domandarne la rivoca, trovando le condizioni, sotto le quali venne accordata, che fossero troppo onerose al fondo dominante. *Delvincourt Corso di codice civile tom.* 3. *not.* 122. *e* 123. *al tit.* 4.

» §. 49. Le servitù sono stabilite per l'uso » o delle fabbriche o de' terreni.

» Le prime si denominano *urbane*, tanto » se le fabbriche alle quali appartengono » sieno situate in città, quanto in campagna.

» Le seconde si denominano *rustiche. Art.* » 608. *Leg. civ.*

Questa distinzione, e denominazione rispettiva delle servitù vien data da Giustiniano.

» Praediorum urbanorum sunt servitutes heae quae aedificiis inhaerent: ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia, urbana praedia appellamus, etsi in villa (*Non enim locus, sed materia facit urbanum praedium*) aedificata sunt.

» Inter rusticorum praediorum servitutes quidam computari recte putant aquae haustum (*scilicet jus hauriendi aquam necessariam agro meo, vel laborantibus in eodem ex fonte vicini*) pecoris (*scilicet costituti ad stercorandum agrum meum et sic bibent, vel pascentur in tuo vicino agro*) ad aquam ad-

pulsum jus pascendi, calcis coquendae (*necessariae, ad domunculam in agro meo conficiendam propter fructus recipiendos. Idem dicas de arena fodienda*) arenae fodiendae. *Institut. lib.* 2. *tit.* 3. *de servit.* §. 1. *et* 2.

» Si riguardano come servitù urbane » osserva Maleville » anche quelle che sono stabilite per l'uso di quegli edificj, i quali servono a custodire i frutti, o a dar ricovero agli animali, senza attenersi però ad altri edificj: Dunod *praescrip. p.* 287.

» Siccome in questo capitolo non si fa alcuna enumerazione delle diverse specie di servitù, a cui vanno soggetti i beni stabili, così sarà util cosa il noverarne alcune le più comuni, affinchè agevole sia l'applicare a ciascuna le prescrizioni del codice presente.

» Fra le servitù urbane si distinguono principalmente le seguenti:

» 1.° Quella di inalzare o non inalzare il proprio muro o la propria casa. Di fatti può essere talvolta vantaggioso per noi, che il nostro vicino alzi il suo muro, o la sua casa per guardarci dal soffio del vento, e dal freddo. Or tutto ciò, che ci arreca un utile, può essere argomento di una servitù.

» 2.° Di ricevere le acque che cadono dal tetto vicino, o di dover dar loro corso. E l'una cosa, e l'altra possono ridondare in vantaggio del padrone della casa dominante: a modo di esempio nei paesi asciutti, è vantaggioso raccogliere le acque dal tetto del vicino a mantenimento di una cisterna.

» 3.° Di soffrire, che il vicino appoggi delle travi sopra il nostro muro, o che abbia degli sporti, che mettano ne' vostri poderi. La prima servitù è chiamata nel dritto *jus tigni immittendi*; la seconda *jus tigni projciendi*. Nell'una, e nell'altra tocca al proprietario dell'edifizio soggetto alla servitù di tenere li muri in istato di sopportare la servitù medesima. Può nondimeno sgravarsi di questo carico abbandonando il muro, che è di sua ragione. *L.* 6. §. 2. *D. si servit. vind.*

» 4.° Di non impedire la vista della casa del vicino, o di non intercettargli la luce. Chiamasi la prima in dritto *jus prospectus*, e la seconda *jus luminum*, e corre tra l'una e l'altra un gran' divario. La prima servitù vieta a chi ne è soggetto l'innalzare alcun edificio, ed il piantare anco degli alberi, che ci tolgono la vista. La seconda obbliga soltanto a lasciare uno spazio sufficiente perchè si possa godere la luce. Vedi Serres che riporta due sentenze pronunciate in codesta materia. È mestieri non pertanto di convenire, che queste quistioni dipendono molto dalla maniera, con cui i titoli si spiegano.

» 5.° Di soffrire, che il vicino abbia delle vedute dirette, o indirette sul nostro podere.

» 6.° Di soffrire che il vicino traversi la nostra casa per recarsi alla sua. Egli è d'uopo, che questa facoltà sia bene espressa nel titolo, perchè si possa presupporre, che ella faccia l'effetto di un'eterna servitù. Propriamente parlando non sono veraci servitù se non quelle, che sono stabilite a perpetuità. Per tal ragione la legge 6. *D. de servitut. leg.* decide, che se il dritto di traversare le case altrui è stato lasciato in legato da un padre a sua figlia, il dritto medesimo non passa naturalmente agli eredi della figlia.

» 7.° Di soffrire, che il vicino venga ad attignere l'acqua nel nostro pozzo, o nella nostra fontana. Questa servitù deve essere ristretta all'uso delle persone abitanti, tale, o tale cosa espressamente indicata: altrimenti sarebbe rurale.

» Le servitù rurali le più ovvie sono 1.° il dritto di passare a piedi, a cavallo, od anche in vettura il podere altrui, e di traversarlo con bestie da soma, od anche con carriaggi. I romani avevano dei nomi particolari per queste diverse sorti di passaggio. *Iter* dice Giustiniano *Instit. tit. III. de servit. in pr., est jus eundi, ambulandi hominis. Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum. Via est jus vehendi*; siccome dice Gottifredo in vece di *eundi et agendi*, et *ambulandi*, cioè a dire, che *via* contiene il primo ed il secondo diritto; *actus* il semplice diritto di passaggio. Presso di noi le diverse guise di passaggio vengono determinate dal titolo.

» 2.° Il diritto di deviar l'acqua nei nostri fondi attraverso quelli del vicino mediante un fosso od un acquidotto *jus acquaeductus*.

» 3.° Quello di abeverare il vostro bestiame nella lacuna, nello stagno, o nella sorgente altrui. *Jus pecoris ad acquam adpellandi.*

» 4.° Quello di condurre nel podere di un altro a pascere le proprie greggi. *Jus pascendi.* Questo diritto è diverso da quello di pascolo, che si esercita reciprocamente ed in altra guisa ne' poderi de' particolari situati in un comune. Per lo *jus pascendi* s' intende qui una servitù sul dominio altrui. Poichè quest' usanza si pratica d' ordinario nelle campagne per mera familiarità, il solo possesso non dovea bastare ad autenticare il diritto, ma vi si richiedeva il titolo speciale. *Henris tom.* 1. *lib.* 4. *quest.* 81. Ed ora molto più, che le servitù discontinue sono imprescrittibili, come vedrassi nell' articolo 691.

» 5.° Il diritto di far cuocere nel forno del vicino calce, gesso, o mattoni *calcis coquendae.*

» 6.° Quello di trarre dal fondo del medesimo sabbia, creta, o pietre, *arenae fodiendae.* La terza, quarta, e quinta specie di servitù rurale essendo gravosissime, e per conseguenza non potendo essere accordate se non alla persona sola, a cui le si concede, si presume sempre, che tale sia stata la intenzione di chi permise la detta servitù, la quale non è mai trasmisibile agli eredi, se il titolo non lo prescriva assolutamente *L.* 4, e 8, *D. de serv. rust. praed.*

» 7.° Di obbligare il vicino a ritenere le sue acque, e a far che non decorrano all' ingiù nel campo nostro. » *Malcville Osserservazione all'articolo* 687 *del cod. civ.*

« §. 50. Le servitù sono *continue* o *di-*
» *scontinue.*

» Le servitù *continue* sono quelle il cui
» esercizio è, o può essere continuato, senza
» che sia necessario un fatto attuale dell' uo-
» mo: tali sono gli acquedotti, gli stillicidj,
» i prospetti, ed altri di questa specie.

» Le servitù *discontinue* sono quelle che
» richiedono un fatto attuale dell' uomo per
» essere esercitate: tali sono quelle di pas-
» saggio, di attinger acqua, di condurre le
» bestie al pascolo, ed altri simili. *Art.* 609.
» *Leg. civ.*

Su le servitù continue ossserviamo con Toullier, che » non bisogna confondere la continuità delle servitù colla loro causa perpetua. Nel dritto romano è principio comune a tutte le servitù reali o prediali che esse debbono avere una causa perpetua: *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent. L.* 28. *D. de servit praed. urban.*

» Ma che bisogna intendere per questa causa perpetua? Ecco una questione su di cui si sono esercitati i più dotti interpetri senza poter convenire.

» Senza imbarazzarci in siffatta questione oscura ed inutile, ci basti osservare che la causa perpetua delle servitù non può essere la stessa che la loro continuità; giacchè secondo il dritto romano tutte le servitù debbono avere una causa perpetua; *servitutes quae certam continuamque possessionem habent. L.* 14. *D. de servitutibus*: mentre è certo che esistono servitù continue e discontinue che il codice definisce con molta chiarezza. *Toullier. Corso di dritto civ. tomo* 3. *n.* 597.

Dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 7 luglio 1825 si rispettò la massima che un dritto di proprietà inopportunamente può invertirsi in servitù; giacchè il dritto di attinger acqua ammette il passaggio pel fondo in cui è la fonte, il pozzo.

» *Fatto.* Il duca di Morrone, e suoi fratelli Capecelatro con istromento del dì 31 luglio 1810 venderono a' cavalieri D. Antonio, e D. Vincenzo Cervo l'intero secondo appartamento del di loro casino a Pietrabianca, *seu Soccorso*, allora diviso in due abitazioni co' due quartini superiori quasi diruti, ed intero suppenno, che covriva l' intero suddetto piano, due bassi a destra del cortile, laterali alla stalla piccola, di unita alla stalla grande a man sinistra di esso cortile con tre stanze in testa, esclusane la quarta accosto al vano, dal quale si cala alla cantina, e coll' uso comune dell' antrone, ed intiero cortile nel palazzo segnato numero 396 scala del primo piano, pozzi, luoghi immondi, lavatoj, ed altro, sito posto nel luogo medesimo, giusta li suoi notorj confini, una con singole ragioni, jussi, dritti, azioni, ed intiero stato, e con ogni facoltà, senz' alcun' altro pagamento; il tutto per lo stabilito prezzo di ducati 2200 dato dal architetto D. Michelangelo Troccoli, eletto di comun consenso de' contraenti, ed a tenore della confinazione, descrizione, deduzioni, ed apprez-

zo formato dal detto architetto Troccoli nel dì 18 del mese stesso, dalle parti accettato rispettivamente, e da inserirsi nell'istromento.

» Dal mentovato rapporto si ha che l'architetto seguendo la divisione del detto 2.° appartamento in due abitazioni, le descrisse distintamente. Nella parte, che sporgeva nel cortile contigua alla taverna, di pertinenza degli stessi signori Capecelatro enunciò fra l'altro un balconcino a mezzo giorno, che affacciava nel detto cortile con projettura di piperno, e ringhiere di ferro, dal quale si attingeva l'acqua nel pozzo; e nell'altra parte dopo di aver descritte tutte le stanze si esprime così » e da un'altro vano in testa con porta marcata ad un pezzo si passa nell'anticucina, la quale è coverta a travi di sei valere, e simile pavimento; a sinistra simile vano di finestra verso il cortile; a destra un retrè rachiuso con una intelatura di legname; ed in seguito un vano tompagnato, il quale dovrà aprirsi per dare l'uscita ad un corridojo, che cala nella grada del palazzo, e fabbricarsi il vano, che dal medesimo corridojo introduce nella cucina, o sia riposto della casa contigua; in testa altro vano con simile porta ad un pezzo, ch'entra nella cucina, la quale è coverta di sette valere, e lastricata a terra; nel lato sinistro simile vano di finestra verso il cortile, con chiusura a due pezzi, e telaro con vetri marcito, in testa vi sono due altri vani, per dove si esce in due piccole galitte di fabbrica, una da cui si attinge l'acqua dal pozzo, e l'altra ha un retrè con finestrino verso mezzo giorno, ed in essa vi è il comodo di un gran focolajo, con cappa, fornacella alla romana, e forno.

» Ed in fine lo stesso architetto, dopo di aver enunciato la facoltà che gli acquirenti avevano di poter aprire la porta, per cui dall'anticucina si usciva nel corridojo della casa contigua, ed altre servitù attive, che avevano sul restante edificio, aggiunse, che gli stessi acquirenti potevano servirsi de'pozzi in mezzo del cortile, beveratojo, ed altro e su questi elementi fissò il già enunciato prezzo capitale di ducati 2200 e deducendone il capitale corrispondente al peso fondiario, ed altro, restò in ducati 1400 netti.

» All'epoca di questa vendita gli stessi signori duca, e fratelli avevano venduti a D. Salvatore Salvati con istrumento de' 31 gennaro 1809 una palude adjacente all'edificio suddetto nella quale rasente il muro esiste il pozzo, da cui si attinge l'acqua dal detto secondo appartamento per la galitta di già descritta, e la palude fu venduta siccome, (son parole del contratto) » attualmente esiste, e giusta i suoi confini con pozzo piccolo, e grande, peschiera, ed ingegno da poter attingere l'acqua, casamento rurale, due stallucce ed un basso a man sinistra del secondo portone grande delle case di essi signori Capecelatro, segnate numero .... una insieme con tutte le ragioni, azioni ed intiero stato, e nell'istesso modo, come l'hanno essi signori Capecelatro sin'oggi posseduta, e non altrimenti, nè in altro modo, per franca, e libera, ed esente da qualsivoglia vincolo di fedecommesso, sostituzione, censo, servitù, ed altro gravame ed a nessuno venduta, ipotecata, ne in altra maniera distratta, e con la facoltà al detto D. Salvatore Salvati di reintegrare, ed a se avocare qualsivoglia dritto, ed azione della palude suzidetta, che forse fosse stata dalli vicini occupata, ed indebitamente detenuta, e per tale reintegrazione forse seguenda, non sia esso D. Salvatore Salvati tenuto ad aumento di prezzo, nè ad altro.

» Assunse dall'altra parte il compratore gli obblighi espressi nè seguenti patti.

» 2.° Che siccome li suddetti signori Capecelatro possedono le case superiori alla detta palude, le quali hanno l'introspetto nella medesima, così si è stabilito, che lo stabio, che occorrerà per il coltivo della detta palude debba dal detto D. Salvatore farsi seguitare a tenere dalla parte del mare, e non già in luogo sottoposto alle dette case, onde non si arrechi danno o puzza agl'inquilini delle dette case, li quali però non dovranno neppure buttare nella detta palude immondezza, acqua, o altra roba, che possa danneggiare il coltivo della detta palude.

» 4.° Che siccome sulla detta palude vi era anticamente l'ingresso dal portone precedente di altre case de'medesimi signori Capecelatro, ed il cancello per dove si entrava

in detta palude trovasi attualmente fabbricato, così si è stabilito di esser lecito a detti signori Capecelatro di poter fare a loro spese, sempre che loro piacerà un cancello, o cancellata nel vano, che ora sta fabbricato; ma però sano, e da non potersi aprire, e coll' obbligo a detti signori Capecelatro di accomodarlo occorrendo a di loro spese, e di rifarlo rompendosi; ed in caso contrario possa il detto signor D. Salvatore Salvati far di nuovo fabbricare detto vano di cancello nella stessa guisa, come rattrovasi tuttora a spese di essi signori Capecelatro, e con espressa dichiarazione che con tale facoltà accordata a detti signori Capecelatro, non debbano intendersi alli medesimi accordati menomi dritti d' ingresso, o altro nella suddetta palude per il detto altro portone della loro casa e detto cancello faciendo, il quale come si è detto debba esser sano, e senz' apertura, ed accordato a' medesimi a solo fine di una semplice veduta di detta palude.

» Finalmente gli stessi signori duca, e fratelli Capecelatro nel dì 20 novembre 1811 venderono porzione del primo appartamento a D. Gaetano Aruta, ed indi l' altra porzione fu' venduta a D. Gio Battista Galzerano.

» Divisa in questo modo tutta la proprietà tra diversi padroni; e tentate da Aruta alcune novità, ebbero luogo due giudizj. L' una ad istanza de' signori Cervo, i quali tra l' altro dedusseso, che il signor Aruta aveva ristretta la bocca dell' unico pozzo, dal quale per la parte della contigua palude di D. Salvatore Salvati si attingeva l' acqua dalla loro cucina con aver tolto l' antico sporto di fabbrica sopra gattoni, e ricacciatoci un prolungato balcone di piperno; ed altresì perforato l' angolo del casamento, con averci fatto un acquedotto con vasca di piperno, e situato un ferro a squadro per comodo della girella, e piantatoci dalla parte superiore una pietra di lavagna, impedendo così ad essi Cervo il libero uso del pozzo addetto alla suddetta cucina. Questo giudizio dopo varie fasi, e dietro una perizia dell' architetto de Tommaso ebbe fine con decisione della già corte di appello di Napoli del dì 7. settembre 1816; colla quale rivocata sull' appello de' signori Cervo la sentenza del già tribunale di prima istanza del dì 29 agosto 1815, omologandosi la perizia suddetta si aggiunse ciò che segue.

» Dichiara quindi responsabili i figli, ed eredi del defunto D. Gaetano Aruta di ogni danno che potrebbero risentire le fabbriche appartenenti a' signori Cervo, de' cambiamenti nè vani, e nè partimenti fatti da esso signor Aruta nel piano inferiore, ove il danno avvenga per tal causa nel corso del decennio a contare dal dì delle seguite innovazioni.

» Ordina, che sotto la direzione dello stesso perito de Tommaso si esegua a spese de' signori Aruta quanto egli propone di farsi per lo sfogo dell' aria sotto gli erbai, come anche ciò che l' arte suggerisce, onde i signori Cervo nell' attingere l' acqua dal pozzo di Salvati non ricevano impedimento dalle innovazioni di Aruta.

» L' altro giudizio ebbe luogo tra Aruta, e Salvati. Questi avvedutosi, che da' signori Aruta si era situato nella loggia della di loro casa un ferro a perpendicolo del pozzo grande di esso Salvati esistente in detta sua palude per attingere l' acqua; formato una gran porta fissa nel luogo, ove avrebbe potuto situarsi il detto cancello fisso, e non apritojo; ed aperto per sotto la cantina un finestrino dentro del pozzo medesimo, anche per attingere l' acqua, chiuse con portella, e mascatura la porta del pozzo.

» I signori Aruta nel dì 1 giugno 1816 chiesero avanti dell' allora giudice di pace del quartiere Mercato, di essere reintegrati nel possesso di attingere l' acqua nel pozzo esistente in detta palude, dal quale erano stati dal Salvati turbati per via di fatto colla chiusura della bocca del pozzo. Il giudice ordinò l' accesso sul luogo, e malgrado, che Salvati ne avesse appellato, il suddetto giudice nel dì 19 del mese stesso eseguì l' accesso, ed ordinò, che i signori Aruta non fossero molestati dal possesso in cui erano di attingere l' acqua dal detto pozzo, e conseguentemente di togliersi la detta chiusura.

» Il signor Salvati appellò anche da questa sentenza, e dall' allora tribunale di prima istanza di Napoli con sentenza de' 13 settembre 1816 furono annullati tutti gli atti formati avanti del detto giudice, decidendo-

si in prima istanza furono condannati gli eredi di D. Gaetano a chiudere a loro spese il cancello per cui si aveva l'ingresso per passeggiare nella palude, ed a chiudere altresì il finestrino fatto nel pozzo di pertinenza di Salvati, con essersi messo fuori causa il duca di Morrone chiamato da Salvati in garantia.

» Gli eredi di Aruta appellarono da questa sentenza, e la detta già corte di appello nel dì 22. febbrajo 1817 pronunciò decisione, con cui accordando a Salvati il congedo contro Aruta non comparente, ordinò l'esecuzione dell'appellata sentenza.

» Questo era lo stato delle cose allorchè il signor marchese de Turris con istromento de' 8 maggio 1817 comprò da Salvati la palude nel modo stesso in cui questi l'aveva acquistata da Morrone, e posseduta fino a quel tempo per franca e libera da qualunque censo, servitù, ed altro gravame.

» Indi lo stesso signor marchese con istromento de' 29 agosto 1817 comprò dagli eredi di Aruta il detto primo appartamento, e tra i patti contenuti nel contratto vi è il 6 così conceputo.

» Come gli Aruta, e Granito hanno delle quistioni pendenti nel tribunale di cassazione con i fratelli D. Antonio e D. Vincenzo Cervo, e nel tribunale civile di Napoli con D. Salvatore Salvati proprietario di altri fondi contigui a quello de' signori Aruta, perciò per le controversie coi signori Cervo restano garanti, e responsabili degli obblighi contratti in forza della sentenza emanata dalla corte di appello, e per quel tempo in essa spiegato; e qualora essi Aruta, e Granito guadagnassero in cassazione, in modo che fossero sciolti dal detto obbligo, lo saranno anche dal signor marchese de Turris, che in ogni futuro tempo restar deve illeso, e garantito per detta causa. Per la controversia esistente con D. Salvatore Salvati per causa del pozzo, ed altro resterà a carico di esso signor marchese de Turris sia per le spese necessarie per proseguire il giudizio, che per la sua eventualità, e per cui esso Aruta, e Granito cedono al signor de Turris tutte le ragioni contro Cervo, e Salvati, rinunciandosi ogni vantaggio, che risultar potesse dall'esercizio delle loro ragioni, non solo per le servitù che detti confinanti abbiano potuto introdurre nel fondo di essi Aruta, ma per tutte le altre, che per legge non potevano profittare.

» Riunitasi a questo modo l'una, e l'altra proprietà presso del signor marchese de Turris, il medesimo in settembre 1822 credendo di usar de' suoi dritti chiuse il pozzo esistente nella suddetta palude, ed il cavaliere D. Vincenzo, per essere trapassato D. Antonio adì il regio giudice del circondario Barra, dolendosi di essere stato turbato per via di fatto, e privato del dritto da lui acquistato di attingere l'acqua nel pozzo suddetto, e rispettato anche dallo stesso marchese de Turris dall'epoca del suo acquisto in poi, e chiese gli ordini, perchè riducendosi il tutto al primiero stato, fosse rimasto nel possesso in cui era.

» Il suddetto giudice nel dì 25 dello stesso mese in contumacia di de Turris fece dritto alla domanda di Cervo; ma sulle opposizioni di de Turris con sentenza de' 2 di ottobre si dichiarò incompetente.

» Il signor Cervo ne produsse appello, ed il tribunale civile, sebbene con sentenza del dì 12 del detto mese in contumacia di de Turris avesse fatto dritto all'appello, nondimeno con sentenza contradittoriamente renduta sulle opposizioni del signor de Turris nel dì 4 dicembre dell'anno suddetto, dichiarò di essersi male appellato dal signor Cervo dalla enunciata sentenza, ed essersi colla stessa ben giudicato; salvo alle parti di provvedersi per lo sperimento de' loro dritti presso il tribunale con azione petitoriale.

» Si rivolse subito il signor Cervo al giudizio petitoriale fondandosi: 1.° Sul contratto del suo acquisto fatto da Morrone, basato sul rapporto di Troccoli: 2.° Sulla decisione de' 2 settembre 1816 riconosciuta da de Turris nel titolo del suo acquisto: 3.° Sulla riconoscenza del suo dritto per anni 12 per parte di Aruta e di Salvati, e dello stesso de Turris, e del possesso in cui era stato con aver attinta l'acqua dal controvertito pozzo: 4.° Finalmente sul fatto stesso del marchese de Turris, il quale per via di fatto aveva tentato di esimersene chiudendo con

chiave la bocca del pozzo, tuttocchè nulla avesse opposto dal 1817 in avanti.

» Dedusse pure, che la sua azione era garantita dalla legge fondandosi soprattutto sugli articoli 615 e 616 delle leg. civ. e chiese, che il tribunale dichiarasse di appartenergli il dritto di attingere l'acqua dal suddetto pozzo, come quello, che trovandosi addetto, ed attaccato alla casa, questa, ed i suoi possessori non avevano mai perduto l'esercizio di attingere l'acqua dal suddetto pozzo, con condannarsi il marchese de Turris ad aprire il pozzo, e permettergli l'uso suddetto.

» Il marchese de Turris si difese sostenendo:

» 1. Che la palude fu venduta a Salvati nel 1809 precedentemente all'acquisto di Cervo del 1816 franca, e libera da qualunque servitù, e che nel modo stesso era ad esso lui pervenuta:

» 2. Che non avendo nè egli, nè Salvati contratta alcuna obbligazione verso Cervo, questo solo bastava ad eludere l'azione, poichè essendo la pretesa servitù nella classe delle discontinue, queste o che siano, o non siano apparenti, non possono acquistarsi, che per mezzo di un titolo, e non mai con qualunque possesso; di tal che se anche e Salvati, ed esso vi avessero sofferta questa servitù, non ne poteva ridondare in Cervo il dritto a revindicarla:

» 3. Che all'opposto Salvati geloso del suo dritto nella lite con Aruta aveva chiusa la bocca del pozzo, impedendo ad Aruta, ed a Cervo di attingere l'acqua; e che dopo di aver esso marchese richiesto amichevolmente il signor Cervo di voler chiudere il pozzo, aveva avuto luogo il suddetto giudizio possessoriale:

» 4. Che se il signor Cervo nel petitorio ricorreva al titolo del suo acquisto, questo non poteva alterare l'acquisto di Salvati di epoca precedente; che anzi li venditori non gli avevano accordato questo dritto, nè ne avevano fatta menzione alcuna; che molto meno poteva essere operativo il rapporto di Troccoli, come colui, il quale era stato destinato soltanto a fissare il prezzo; e che anche nel senso opposto Troccoli non aveva fatta menzione di un tal dritto da concedersi a Cervo, nè le alienazioni potevano essere presunte; ed infine, che ancorchè Troccoli fosse stato incaricato a designare ciò, che si vendeva, e lo avesse fatto, i signori Capecelatro non ne avevano parlato, perchè avevano rispettata la precedente alienazione in favore di Salvati.

» Fece pure il marchese de Turris uso di riconvenzione contro Cervo per altri oggetti; ma questa venne dichiarata abbandonata, nè forma oggetto di esame nel giudizio di annullamento.

» Si diedero da Cervo delle risposte; e sulle repliche di de Turris il tribunale civile nell'averne giudicato, in contumacia di de Turris, osservò

» 1.° Che la vendita a Cervo si era fatta *sub verbo signanter* coll'azione a' pozzi, e propriamente in quello sottoposto perpendicolarmente all'appartamento di Cervo, non che al primo appartamento:

» 2.° Che alle novità tentate da Aruta corrispose la decisione de' 2 settembre 1816 passata in giudicato, colla quale venne incaricato l'architetto de Tommaso ad usare quanto l'arte suggeriva, onde non impedirsi a Cervo il libero uso di attingere l'acqua dal suddetto pozzo:

» 3.° Che vendutisi da Aruta, e da Salvati il primo appartamento, e la palude al marchese de Turris, i signori Cervo avevano attinta, e de Turris avea veduta attingere l'acqua dal controverso pozzo, fintanto che per via di fatto per mezzo di porta apritoja sulla bocca del pozzo aveva tolta a Cervo l'uso, e 'l dritto dell'acqua suddetta:

» 4.° In fine, che l'azione di Cervo era basata sul titolo del suo acquisto, animato dal distinto rapporto di Troccoli, servito di base al contratto, di modo che due atti legali assicuravano il dritto di Cervo, ed a ciò si aggiugneva, in conformità dell'esercizio del suo dritto, la indicata decisione.

» E su queste considerazioni con sentenza de' 9 aprile 1823 dichiarò di spettare al cavaliere D. Vincenzo Cervo il dritto di attingere l'acqua nel controvertito pozzo, ed ordinò, che ferma restando l'antica porta di chiusura sulla bocca superiore del pozzo per

semplice conservazione dell'acqua dalle immondizie, la chiusura medesima rimanesse a disposizione de' due condomini Cervo, e de Turris, senza che l'uno fosse d'impedimento all'altro, nè l'altro all'uno; e che in caso di resistenza il refrattario vi fosse astretto nei modi di legge.

» Questa sentenza sull'appello del marchese de Turris, venne rivocata con decisione della gran corte civile di Napoli de' 19 luglio 1823, assolvendosi il marchese de Turris dalle dimande del cavaliere D. Vincenzo Cervo.

» La gran corte civile nell'aver così giudicato, ritenendo in principio la distinzione delle servitù continue, e discontinue, e delle apparenti, e non apparenti, e la differenza tralle continue, ed apparenti da potersi acquistare o col titolo, o col possesso di 30 anni, e le continue non apparenti, e discontinue per l'acquisto delle quali si richiede assolutamente il titolo, osservò

» 1.° Che ove nelle discontinue, escluso di dritto qualunque possesso, non esista il titolo, questo non possa supplirsi per via di congetture, ma soltanto, giusta l'articolo 616 leg. civ. con un' atto di ricognizione, che parta dal padrone del fondo serviente:

» Che fuori di proposito s' invocavano gli articoli 613, e 615. Non il primo in cui è parola della destinazione del padre di famiglia da valere per titolo costitutivo della servitù come quello ch'è relativo alle servitù continue, ed apparenti; e nella specie, oltre di non esistere siffatta destinazione tratt vasi di servitù discontinua. Non il secondo, come quello, che non essendo che una conseguenza degli articoli 613, 614, e 615 la parola *servitù* in esso adoperata è riferibile alle servitù continue, ed apparenti; di cui trattasi negli articoli precedenti:

» 3.° Che quindi, se possedendosi da' signori Capecelatro l'intero fondo non poteva in essi verificarsi servitù attiva, tra il predio urbano, e'l rustico, per la nota regola, che *res sua nemini servit*, per conseguente se libera era la padule nei venditori, libera passò in Salvati, cui fu venduta franca, e libera da peso, o servitù:

» 4.° Che se i venditori avessero voluto riserbarsi la servitù attiva di attingere l'acqua dal pozzo esistente nella palude di Salvati, l'avrebbero dovuto dichiarare nell'atto della alienazione, il che non si fece; ed all' opposto dalla dichiarazione delle due servitù, che s'imponevano al compratore, di non dover, cioè, mettere le immondizie sotto del muro dell'edificio, e del cancello, da potersi fare da venditori, escludevasi l'idea di ogni altra servitù; e da ciò si prende argomento a rassodare il principio assunto sulla intelligenza del citato articolo 615; ancorchè la parola *servitù* in esso contenuta nel dubbio potesse riferirsi anche alle servitù discontinue:

» 5.° Che a tutto ciò si aggiugneva, che i signori Capecelatro nel contratto co' signori Cervo nè anche avevano fatta menzione della servitù di poter i compratori attingere l'acqua dal pozzo della palude, ma solo da quello ch'era nel cortile, non ostante che l'architetto Troccoli nel suo rapporto avesse descritto il segno apparente dell'enunciata galitta:

» 6.° Ed in fine, che il giudicato de' 2 settembre 1816 non offendeva de Turris, perchè caduto non contro Salvati, ma tra Cervo, ed Aruta.

» I mezzi del chiesto annullamento sono i seguenti.

» 1.° Si dice violato l'articolo 609, non che l'articolo 610 leg. civ. La gran corte ha snaturata la servitù in disputa, giacchè mentr'era questa una servitù apparente, l'ha caratterizzata per discontinua non apparente. Ha creduto, che i venditori per poterla conservare avevano bisogno di espressa dichiarazione, quando che bastò il fatto dello stesso Salvati, che vide il segno apparente della servitù, e la rispettò.

» 2.° Ha violato l'articolo 614 dette leg. quando non ha osservato, che i due fondi appartenevano prima del 1809 allo stesso proprietario, e che questo aveva messo le cose in quello stato, d'onde risultava la servitù.

» 3.° La gran corte ha violato l'articolo 615 dette leg. perchè nella esistenza di un segno apparente di servitù tra i due fondi; avendo il proprietario distratto l'uno, senza parlare di servitù, la stessa deve continuare attivamente, e passivamente su' fondi stessi, specialmente perchè il nuovo acquirente, che

vedeva questo segno apparente non avea cercato di liberarsene con una convenzione.

» 4. La gran corte ha malamente creduto, che il ricorrente non vantasse alcun titolo per possedere la controvertita servitù. Titolo era l'istromento di compra: titolo era il rapporto di Troccoli parte integrale della vendita: titolo infine era il giudicato del 1816. Si aggiungne pure, che falsamente considerò la gran corte di aver Cervo conservata la sola servitù su' pozzi nel cortile, perchè la casa di Cervo non ebbe pozzi nel cortile.

» 5.° Vi è anche il fatto del signor de Turris succeduto ad Aruta; giacchè fatta nell' acquisto menzione del giudizio, egli per cinque anni rispettò il dritto di Cervo, e poi si rivolse ad atti arbitrarj, ed illegali. La gran corte che non ha tenuto conto di questa ricognizione ha violato l'articolo 616 leg. civ.

» 6.° Non regge in dritto la considerazione della gran corte, cioè, che de Turris non può risentir danno dal giudicato reso tra Cervo, Aruta, e Salvati. De Turris è succeduto ad Aruta, ed a Salvati; quindi ha fatto sue le obbligazioni de' suoi autori.

» 7.° Si sono violate in fine le *L.* 1. §. 1. e 55. *D. de re jud.*, quando non si è rispettato il giudicato del 1816; giudicato, che fu riconosciuto, ed eseguito per tanto tempo dallo stesso de Turris, che ora l'impugna.

» Per parte finalmente dell' avvocato del marchese de Turris si è in primo luogo fatto osservare di doversi il ricorso riputare inammisibile, come quello, che attacca la convizione de' giudici; ed indi si è risposto a ciascuno de' rapportati mezzi, cercandosi di dimostrarsene la insussistenza, conseguentemente la regolarità della decisione impugnata.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Gio. Battista Aloi pel ricorrente, e D. Nicola Morena pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l'annullamento della impugnata decisione.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio; e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Considerando,

» Che la gran corte civile nel pronunciare la decisione impugnata, ha presupposto, che nella vendita della palude fatta nel 1809 dai signori Capecelatro a D. Salvatore Salvati si fosse compreso esclusivamente il trasferimento della intera proprietà del pozzo controvertito, e che per conseguenza il dritto de' signori Cervo ad attignerne l'acqua dal 2.° appartamento loro venduto dagli stessi signori Capecelatro nel 1810, non poteva essere, che l'effetto di una servitù, che avessero acquistata nè modi dalla legge riconosciuti.

» Considerando,

» Che siffatto trasferimento non solo non è dimostrato da' termini positivi del contratto, come avrebbe dovuto praticarsi se la intenzione de' contraenti fosse stata quella di togliere il pozzo alla cucina del secondo appartamento; ma benanche dallo stesso contratto si ha, che i venditori dichiarando, che vendevano, *uti possidebant*, vollero, che col passaggio della palude in altrui dominio non si recasse menoma alterazione allo stato dell' edificio, esprimendosi di dover rimanere le aperture esistenti nel muro, che divideva il predio urbano dal rustico, e tra queste era senza dubbio visibile lo sporto protratto dal muro della cucina del secondo appartamento per mezzo di una galitta perpendicolare alla bocca del pozzo adjacente al muro suddetto, ed a dippiù vollero imporre pure degli altri nuovi pesi al compratore della palude in vantaggio dello stesso edificio.

» Considerando,

» Che molto meno il supposto trasferimento potea trarsi dagli atti della esecuzione data al contratto medesimo sia per parte de' venditori, sia per parte del compratore, e che avevano manifestata la loro intenzione contraria all' assunta supposizione:

» Che in effetto i signori Capecelatro, seguitarono, durante il tempo del loro possedere, ad usare del loro dritto:

» Che avendo alienato il detto 2.° appartamento a Cervo, glie lo trasferirono, vendendoglielo, con le singole ragioni, jussi, dritti, azioni, ed intiero stato, ne si omise di comprendere nella vendita *sub verbo signanter i pozzi*; espressioni, che avevano rapporto à diversi pozzi descritti dall' architetto Troccoli nella perizia, che aveva formata la base

della compra-vendita tra' quali specificamente si era enunciata la galitta costrutta unicamente per attignere l'acqua dal pozzo suddetto, nè queste espressioni potrebbero senza abuso, e snaturamento del contratto restringersi alla sola azione nè pozzi esistenti nel cortile :

» Che alle operazioni de' venditori corrispose il fatto del compratore, dal quale non si recò giammai molestia alcuna nè a Capecelatro, nè a Cervo, durante tutto il tempo del suo possedere :

» Che Salvati nell'aver venduta la palude a de Turris, glie la trasferì come l'aveva posseduta ; nè fece, come far non poteva, specifica menzione di vendergli l'esclusiva proprietà del detto pozzo :

» Ed infine, che lo stesso marchese de Turris, anzicchè attaccare per le vie legali il dritto di Cervo, lo rispettò dal 1817 al 1822 ; nè rinvenne altro modo da liberarsene, che colla via del fatto, chiudendo la bocca del controvertito pozzo.

» Ond'è che sotto questo riflesso, si rinvenne pure in Cervo, e l'acquisto per questo titolo, ed il possesso in buona fede non mai turbato, nè controvertito, rimpetto ad esso lui, da'proprietarj della palude per lo tempo di presso ad anni dodici.

» Considerando,

» Che tutto ciò è pure garantito da fatti positivi giudiziarj, dapoichè avendo il signor Aruta proprietario del primo appartamento del casino suddetto tentato nel 1816 da una parte d'impedire indirettamente a Cervo l'esercizio di siffatto dritto, e dall'altra di attentare i dritti di Salvati, ebbe luogo la rapportata decisione de' 2 settembre 1816 nel giudizio tra Cervo, ed Aruta, e colla stessa si ordinò, che l'architetto de Tommaso avesse adoperati tutt'i mezzi, che l'arte gli suggeriva per non recarsi impedimento a Cervo per attignere l'acqua dal pozzo di Salvati ; ed altresì la sentenza del già tribunale di prima istanza di Napoli del dì 13 dello stesso mese di settembre nel giudizio tra Salvati, ed Aruta, ed in essa vennero corrette le novità tentate dal secondo in pregiudizio de' dritti del primo.

» Nè sul proposito è da tralasciarsi, che Salvati in questo giudizio, in cui controvertivasi appunto delle novità tentate da Aruta sul pozzo medesimo in di lui pregiudizio, non mise in causa Cervo, nè tentò d'impedirgli il dritto di attingere l'acqua dal pozzo suddetto.

» Considerando,

» Che se questo era lo stato delle cose, allorchè il marchese de Turris nel dì 8 maggio 1817 acquistò la palude di Salvati, ed indi nel dì 28 agosto dello stesso anno il secondo appartamento di Aruta ; e se in questo contratto il marchese de Turris riconobbe l'uno, e l'altro giudizio, e soprattutto la decisione del dì 2 settembre 1816 espressa nel patto 6 del contratto, questo giudicato riconosciuto da' primi giudici, come un titolo aggiunto a' titoli primitivi di Cervo ; e che in sostanza tendeva all'esercizio del dritto di Cervo sul pozzo di cui si contende, non era con facilità da bandirsi, come quello, che si era pronunziato in un giudizio, di cui Salvati non aveva fatto parte.

» Ed era pure a vedersi, se anche nella supposizione, che per lo contratto con Salvati avesse il marchese de Turris potuto acquistare la proprietà del prezzo suddetto, questo diritto trovava ostacolo nel contratto posteriormente passato tra lui, ed Aruta ; d'onde l'obbligo nella stessa sua persona di non potere recare impedimento a Cervo nell'esercizio appunto di quel dritto, in cui questi era per effetto del suddetto giudicato.

» Considerando,

» Che laddove, prescindendo anche dalle già fatte osservazioni peculiari del giudizio, avesse voluto astrattamente indagarsi, se per la natura della cosa, e per la destinazione originaria del padrone dell'intero fondo, il controvertito pozzo era parte integrale della palude, o del casino, lo stesso essendo una continuazione della fabbrica ; ed essendo evidentemente pel suo sito, e per la sovrapposta galitta protratta ad uso della cucina del 2.° appartamento, ed a perpendicolo della bocca del pozzo, destinato pel comodo del detto appartamento, non poteva riguardarsi come una pertinenza della sola palude, e con migliore congruenza di ragione avrebbe potuto tenersi per vero, ch'era comune all'uno, ed all'altro fondo ; e con-

seguentemente compreso in parte, e non in tutto nella vendita fatta da Capecelatro a Salvati, ugualmente che quando il possessore di due case contigue ne abbia legata una sola, s'intende anche legata la metà del muro divisorio, come si trae dalla *L. 4. D. de servit. legat.*

» Nè da questi principj si allontanarono i primi giudici, da' quali dichiarato di spettare a Cervo il dritto di attignere l'acqua dal pozzo, di cui si contendeva, si ordinò, che ferma restando l'antica porta di chiusura sulla bocca superiore del pozzo per semplice conservazione dell'acqua dalle immondizie, la chiusura rimaner dovesse a disposizione de' due condomini Cervo, e de Turris, senza che l'uno fosse d'impedimento all'altro, e l'altro all'uno.

» Quindi è, che mentre la ragione del cavalier Cervo era sul dritto di proprietà, si è inopportunamente esaminato se avea acquistata una servitù: oggetto che rendevasi sempre maggiormente inadattabile alla controversia, ove si rifletteva, che nel senso legale la servitù *aquae hauriendae* include il passaggio pel fondo in cui è posta la fonte, o il pozzo, come si ha dalla *L.* 3. §. 3. *D. de servit. praed. rustic.* non che dall'articolo 688 del cod. civ. abolito, ritenuto nel articolo 609 delle leggi civ. il che nella specie non può avvenire.

» Ha finalmente la corte suprema considerato sull'articolo 615 delle citate leggi (uniforme all'articolo 694 del detto abolito cod. civ.) che senza definire in massima se la sua disposizione sia riferibile alle sole servitù continue, ed apparenti, di cui trattano gli antecedenti articoli 613, e 614; o piuttosto contenga una eccezione alle regole fissate negli articoli suddetti, era sul proposito ad esaminarsi se dovessero riputarsi comprese fralle servitù le opere, che comunque estese sul suolo del vicino vanno incorporate col proprio fabbricato, e ne formano parte, come sarebbero le fogne, grotte, e simili, e che secondo l'intendimento della legislazione francese, dalla quale l'articolo suddetto è a noi pervenuto, non si sono annoverate tralle servitù, come oggetti, che si acquistano per incorporazione, giusta gli articoli 553, e 712 di quel cod. civ. ai quali corrispondono gli articoli 478, e 633 delle leggi civ.

» In conseguenza delle fin quì fatte osservazioni senza dubbio della fallace idea di mera convizione de' giudici del merito in materia di calcolo di puro, e semplice fatto, e precisa ogni altra osservazione da potersi individualmente portare sulla decisione impugnata, la stessa dev'essere annullata, perchè in essa scambiandosi i termini di proprietà, di cui contendevasi, in quelli di servitù discontinua, si sono sotto questo aspetto fallacemente applicati gli articoli 609, 612, 613, 614 e 615 che l'hanno animata; si è offeso pure l'articolo 616 della cui applicazione si giovava il cavalier Cervo, anche nella ipotesi di trattarsi di servitù, ricorrendo al giudicato de' 2 settembre 1816, ed al riconoscimento fattone da de Turris nell'istromento passato con Aruta; e snaturandosi pure il contratto di compra-vendita passato tra Capecelatro, e Cervo, si è limitata la di lui proprietà a' soli pozzi esistenti nel cortile, escludendone quello, di cui si contende, a traverso della letterale espressione del contratto, che conteneva tutt'i pozzi enunciati nella perizia di Troccoli, e che facevano parte della compra-vendita.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione: rimettendo le cose nello stato antecedente alla medesima, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 51. Le servitù sono *apparenti* o *non* » *apparenti*.

» Le servitù *apparenti* sono quelle che si » manifestano con opere esteriori, come una » porta, una finestra, un acquedotto.

» Le servitù *non apparenti* sono quelle che » non hanno segni esterni della loro esisten» za; come per esempio, la proibizione di » fabbricare sopra un fondo, o di fabbrica» re oltre un'altezza determinata. *Art.* 610. *Leg. civ.*

» Non bisogna confondere,, ci fa riflettere Pardessus » le servitù continue colle apparenti, sebbene abbiano tale somiglianza, che entrambe serbano un effetto non interrotto.

» Vi ha un gran numero di servitù il cui effetto esiste sempre quantunque non sensibile agli occhi; per es. la proibizione d'innalzare una casa, o un muro di chiusura al di là di un punto determinato è annoverato tra le servitù non apparenti. In fatti non può conoscersi ad occhio se i limiti dell'altezza di una casa sieno la conseguenza di una servitù, o della sola volontà del proprietario, il quale non ha giudicato opportuno di fabbricare a maggiore altezza. Tuttavolta essa è continua; poichè la esistenza della fabbrica a tale o tale altezza prova continuamente la servitù.

» Pe' motivi esposti non bisogna ancor confondere le servitù discontinue con le servitù occulte, o non apparenti sul fondamento, che entrambe hanno un effetto interrotto; poichè siccome possono esistere servitù continue, sebbene non apparenti, così possono esistere ancora servitù apparenti, che nondimeno sono discontinue: per es. il dritto di passaggio, che talora manifestandosi interamente con opere esterne, ha bisogno tuttavia del fatto attuale dell'uomo per esercitarsi.

» Sarebbe un errore il credere che tale classificazione consista in una semplice differenza di parole, e che le definizioni già date abbiano poca importanza. Esse sono la base di tutto il sistema della legislazione intorno all'acquisto, e la estenzione delle servitù.

» Non dee però dissimularsi che malgrado la sua esattezza, questa divisione dà luogo ancora ad alcune difficoltà. Per es. una servitù apparente, qual'è un dritto di prospetto, può manifestarsi sempre con opere esteriori, sia che il dritto semplicemente acquistato non sia stato esercitato, sia che dopo il suo esercizio l'opera che l'annunciava fosse distrutta.

» Ma in questo caso, ed in tutti gli altri simili bisogna rammentare, che la distinzione delle servitù apparenti, e non apparenti non è di semplice teoria. La legge ne deduce delle conseguenze, ed attribuisce a ciascuno degli effetti particolari. Questi effetti sono relativi all'acquisto o alla estinzione per prescrizione. Ora è chiaro che non è soltanto il dritto di avere una servitù apparente, ma l'apparenza medesima, manifestata realmente con opere esteriori, che dee deciderne.

» Il codice non ha ammessa altra distinzione di servitù. Quella che le classifica in affermative e negative non fa dedurre regole o principj particolari. Tale distinzione nell'antica giurisprudenza riguardava principalmente la prescrizione. Il tempo per acquistar le prime incominciava dal giorno in cui se n'era fatto uso; e per la seconda a contare soltanto dalla proibizione che si era fatta a colui il quale pretendeva di aver dritto d'impedire tale o tal altra cosa. Le servitù affermative erano estinte con la semplice cessazione di uso durante il tempo richiesto per la prescrizione: le servitù negative non si perdevano con l'elasso del tempo, ma soltanto pel cangiamento dello stato de' luoghi, il quale distruggeva la servitù. *Pardessus. Tratt. delle servitù n. 29 a 31.*

La suprema corte di giustizia con decisione de' 20 luglio 1824 definì, che istituita una servitù apparente per mezzo di una nuova opera la quale si porta al suo termine senza prodursi opposizione alcuna, non vi è dritto di far ridurre l'innovato nello stato primiero.

» *Fatto*. I fratelli Michele, Antonio, e Gaetano Giannone, Fortunato Orecchia, Mattia Battimiello, e la di lui germana Maria Geltrude possedono un comprensorio di case al declivio del Ponte di S. Antonio Abate in separata possessione, e per antiche provvenienze.

» Nel centro di questa proprietà esiste un cortile di mediocre grandezza, col comodo del pozzo, e lavatojo comune a tutti li comproprietarj.

» In questo cortile Mattia Battimiello nel 1810, e 1811 fece delle innovazioni. Nunciarono la nuova opera i fratelli Giannone, ed Orecchia. Questa fu convenuta, precedente l'accesso del giudice di pace Vicaria, e perizia, ed il Battimiello pagò agl'inibenti il prezzo convenuto.

» Nel 1816. Antonino, e Gaetano due de' tre fratelli Giannone domandarono presso lo stesso giudicato Vicaria la riduzione allo stato primiero delle innovazioni fatte dal Batti-

miello. Il giudice si dichiara incompetente inseguela della convenzione opposta dal convenuto.

» Non i fratelli Giannone, benvevo i conjugi Antonio Lieto, ed Antonia de Falco a nome proprio, ed il Lieto anche come procuratore di Maria Geltrude Battimiello di lui socera dedussero nel tribunale civile la stessa azione.

» A' 15 gennajo 1817 fu ordinata la perizia sullo stato delle nuove fabbriche, e qual danno potessero recare ai comproprietarj.

» La perizia si esegue. I periti descrivono lo stato delle nuove fabbriche, e sono di avviso che le stesse non aveano cagionato, nè potevano per la loro materialità recare del danno alle fabbriche de' finitimi possessori, rimettendo al giudice il decidere sul diritto di costoro, che si pretendeva offeso per la prolungazione, ed estensione di talune fabbriche nel suolo comune.

» Con sentenza del di 8 marzo 1819 fu ordinato, che l'innovato si riducesse allo stato primiero; dacchè le due convenzioni fatte con Michele Giannone, anche come procuratore de' suoi fratelli, per costoro erano inefficaci, ed il silenzio di anni 8 non pregiudicava allo Battimiello, e suoi cessionarj, e procuratori.

» Appello per entrambe le parti. La gran corte con decisione de' 8 marzo 1820 ordina, che la sentenza appellata si fosse eseguita per la riduzione allo stato primiero delle sole innovazioni fatte da Mattia Battimiello nel 1816 e rilevate nell'avviso degli architetti de' 30 giugno 1818.

» I fratelli Giannone si acquietano a questa decisione, per cui è ozioso l'esame della efficacia delle convenzioni fatte con Michele nell' interesse de' germani.

» I conjugi Lieto, e de Falco coll'indicata qualità ne ricorrono per annullamento nella corte suprema, sostenendo di essersi violati gli articoli 609 610 e 611 delle leg. civ. per essersi menate buone le servitù inferite dal Battimiello, a motivo dell'acquiescenza de' ricorrenti, quandocchè le medesime per la di loro qualità di continue, apparenti aveano bisogno del possesso di anni 30 a prescriversi, e nella specie non erano decorsi, che anni otto.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Luca Puoti, e D. Michele Lemetre pei ricorrenti, e D. Andrea Gicca pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso all'annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Visti gli articoli 609 610 e 611: vista la *L.* 28. *D. comuni dividundo.*

» Considera, che una cosa appartenente a più persone, tutti ne sono padroni, e come tali ciascuno ne potrebbe disporre a suo arbitrio, e piacemento; ma siccome non può dirsi proprio, ed assoluto di uno ciò che ad altri anche appartiene, provvida perciò la legge nelle sue determinazioni ad impedire le risse, che sovente suole eccitare la materia della comunione, prescrive, che niuno de' padroni possa fare delle novità in una cosa comune, invito l' altro. Volendola fare, dà il dritto al compadrone di opporvisi; ed in ciò reputa migliore la condizione dell'inibente, non perchè costui vi potesse vantare un dritto maggiore, ma solo perchè chi inibisce, non altro pretende, che le cose restassero nello stato in cui si trovano.

» Ove taluno però facesse delle novità nella cosa comune, e non venisse inibito dal compadrone, fu dubitato, se mai costui avesse il diritto di far ridurre l' innovato allo stato primiero. Proposto questo dubbio all' acutissimo Papiniano, rispose egli *in L.* 28. *Com. divid.* per la negativa, dacchè dovea a se imputare il compadrone, che potendo inibire l'avea trascurato, per cui l' opera erasi fatta. Fu d' avviso perciò il giureconsulto, che restasse la nuova opera, e solo competesse l'azione d'indennità pel danno inferito.

» Nella specie Maria Geltrude Battimiello vede, che il germano fà delle novità, e non si oppone, come si opposero Giannone, ed Orecchia, i quali in linea di convenzione vi rinunciarono. La nuova opera si compisce, ed essa con sua figlia, e generosi tacciano per anni otto, e prestandosi il nome dei Giannone, ai quali han venduta la casetta, insistono ora per la riduzione dell'innovato allo stato primiero. La legge non dà loro questo

dritto; ma li ammette soltanto all'indennità pel danno sofferto. Essi perciò in linea di giudizio *comuni dividundo*, potranno insistere per la indennità come, e per quanto convenga, e ben la gran corte non ha dato retta alla chiesta riduzione per la innovazione fatta prima del 1816.

» Inutilmente si appella agli articoli 609 610, e 611 leggi civili in sostegno del ricorso; dacchè non trattasi di definizione, o prescrizione di servitù, che in un cespite comune non può aver luogo; ma trattasi di occupazione in un luogo comune, che vien decisa dal responso di Papiniano.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso: libera il deposito alla regia tesoreria generale; e condanna i ricorrenti alle spese liquidate in ducati 11 e grana 94 oltre il costo della spedizione.

In qual modo si costituiscono le servitù.

» §. 52 Le servitù continue ed apparenti » si acquistano in forza di un titolo, o col » possesso di trent'anni *Art.* 611. *Leg. civ.*

Da qual giorno incomincia la prescrizione in riguardo alle servitù che possono acquistarsi senza titolo, che il presente articolo novera fra le servitù continue apparenti?

» Dal giorno » dice Maleville » in cui il proprietario del fondo dominante ha fatto un atto apparente per istabile il suo dritto di servitù sopra l'altro fondo. Nel caso per esempio della servitù di non innalzare il proprio muro, e di non nuocere alla vista, o alla luce del vicino, la prescrizione ha principio dall'istante che il proprietario del fondo dominante ha fatto un atto per impedire o la elevazione del muro o la intercezione della luce, e che l'altro proprietario ha cessato da' suoi disegni. Quanto alla servitù di acquedotto, di fogna, di stillicidio, di appoggio, di viste dirette o indirette, la prescrizione incomincia dal giorno, che il padrone del fondo dominante ha intrapresi, e compiuti i lavori, aperti i fori, o le finestre che costituiscono la servitù, senza opposizione del padrone di quel fondo, ch'è soggetto alla servitù medesima.

» In riguardo poi alle servitù discontinue, che poi si possono stabilire, mediante il possesso congiunto al titolo che si ha del *non dominio*, Dunod distingue quelle che possono derivare da una certa dimestichezza, e da una certa urbanità di buon vicinato, da quelle che danno a divedere positivamente un dritto. Il passare sul fondo altrui, l'attinger acqua dall'altrui fonte ec. formano le prime. L'appoggiarsi ad un muro, il formare un acquedotto, il costringere a ricevere l'acqua piovana ec. formano la seconda. Il possesso delle prime non incomincia che per mezzo di molti atti. E basta un solo per incominciare il possesso delle seconde.

» Abbraccio facilmente il sentimento di Dunod relativamente a quest'ultima; ma per quello che riguarda le altre, la dottrina di lui non sembra chiara nè soddisfacente. Quanti atti ci vorranno per incominciare la prescrizione? Stimo adunque che quando si ha un titolo di qualche apparenza la prescrizione incominci indistintamente in tutte le servitù discontinue dal giorno, che alcuno si è fatto ad esercitare il proprio dritto. Così chi ha il dritto del passaggio, dal giorno che ha incominciato a traversare il fondo altrui: chi ha quello di attinger l'acqua, dal giorno che ha impreso a farlo e simili. *Maleville - Osservazione all'art.* 690. *del cod. civ.*

Il solo divieto di usare una servitù interrompe la prescrizione della servitù medesima se il divieto non ottiene il suo effetto? Fabro decide per la negativa.

» Non ex eo solo interruptus dici potest usus servitutis, quod is qui per fundum tuum ire agere solebat, verbo prohibitus aliquando sit ne iter ageret, si modo ire agere non destiterit. Requiritur enim contradictio judicialis, aut quae factis, non verbis testata sit. Alioqui praebet ea res potius materiam inchoandae praescriptionis, cum ab eo saltem tempore non possit videri clam aut precario servitute usus, qui te invito usus est; at ne vi quidem cum in sui juris quasi possessione perstiterit. *Fabri Cod. lib.* 3. *tit.* 24. *de servitut. definitio.* 1.

Perchè non vi sono altre specie di servitù che possono acquistarsi colla prescrizione? L'abbiam già detto, osserva Delvincourt; perchè non ve ne sono altre alle quali

applicar si possano i caratteri del possesso capace di operare la prescrizione: articolo 2229 (2135) Fa d'uopo che questo possesso sia continuo: non può dunque aver luogo che per le servitù continue. Fa d'uopo che sia pubblico: dunque bisogna che la servitù sia apparente, ed inoltre che abbia potuto conoscersi dal proprietario del fondo soggetto, o da chi di ragione. Se dunque il proprietario di una casa, occupando nel medesimo tempo la casa vicina a titulo di affitto, stabilisce in questa una servitù a profitto della sua, è certo che il tempo della prescrizione non correrà finchè avrà egli il godimento come legatario della casa soggetta. Di fatti; se si suppone per un momento che la casa, a profitto della quale fu stabilita la pretesa servitù appartenga ad un terzo, egli sarebbe stato obbligato come conduttore a prevenire il proprietario delle usurpazioni, che si sarebbero commesse sul suo fondo; ciò che certamente comprende lo stabilimento di servitù; e se non l'avesse fatto, sarebbe tenuto ai danni ed interessi. Essendo dunque egli stesso il proprietario della detta casa vicina, ed egli stesso colui che commette l'usurpazione, può mai argomentare dal suo proprio fatto per acquistare un dritto all'esercizio del quale egli avrebbe dovuto opporsi, se fosse stato da un altro esercitato? Ecco il caso della regola; *eum quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio.*

» Osservate che per la stessa ragione per la quale il codice consacra le servitù discontinue, di cui la prescrizione si trovava acquistata al momento della promulgazione del titolo delle servitù, in que' paesi ne' quali si potevano acquistare in tal modo, del pari il tempo durante il quale delle servitù continue ed apparenti sono state possedute prima del codice ne' paesi in cui alcuna servitù non potevasi acquistare senza titolo, non può computarsi per la prescrizione. *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 134 *al tit.* 4.

Il medesimo giureconsulto su le servitù apparenti, che possono acquistarsi mediante il possesso di trent'anni osserva benanche, che quando » vi sono delle opere visibili esistenti da trent'anni, si presume che vi sia stata fin dal principio una convenzione di cui si è perduta la traccia; ma questa non è che una presunsione la quale deve cedere alla realtà. Se dunque esiste la pruova che siavi stata veramente concessione, ma a titolo precario, il più lungo possesso non basterà ad acquistare la servitù; ciò si ridurrebbe ad un atto di tolleranza che non può servir di base alla prescrizione. Questo è un principio generale, e si applica a tutte le cose che possono acquistarsi con la prescrizione. È in questo senso che dicesi: *melius est non habere titulum, quam habere vitiosum.* Queste servitù potrebbero mai acquistarsi con dieci, o venti anni con titolo, e buona fede? (Vedi la nota 131 *Riportata nel* §. *seguente*).

» Applicate inoltre all'acquisto delle servitù con la prescrizione la regola, *tantum praescriptum quantum possessum.* Di fatti non si acquista che precisamente ciò che si è goduto. Se non si è avuto che una finestra aperta per trent'anni, si è acquistato il dritto di conservarla; ma non si potrebbe aprirne una seconda ec. Non sarebbe lo stesso ove la servitù di veduta fosse stabilita con titolo. In questo caso, l'esistenza di una sola finestra essendo bastata per conservarla, il proprietario del fondo dominante è sempre nella libertà di usarne, come lo crede convenevole. *Dunod. Delle prescrizioni part.* 1. *cap.* 4. Il motivo della differenza nasce dall'esser possibile che una servitù di veduta sia concessa per una finestra solamente; dal momento dunque che non sia presentato alcun titolo, e che la servitù non sia appoggiata che su di una presunta convenzione; questa va sempre supposta come la più vantaggiosa al proprietario del fondo serviente.

» Si potrebbe per mezzo della prescrizione acquistare un nuovo modo di esercitare la servitù? Bisogna far distinzione. Il nuovo modo o aumenta o diminuisce l'antica servitù, o ne stabilisce una nuova. Se diminuisce l'antica, siccome ogni servitù si perde col non usarne; si perde allora quel che in qualche modo può chiamarsi l'eccedenza dell'antica servitù sulla nuova, che si conserva in questo caso quale fu esercitata in ultimo luogo, *quia minus majori inest.* Tale è il caso in cui, avendo il dritto di passare in carrozza sul vostro territorio, io vi son passato a pie-

di per trent' anni; come il dritto di passare in carrozza include quello di passare a piedi, io ho conservato quest' ultimo dritto, ed ho perduto il primo.

» Se il nuovo modo aumenta la servitù, bisogna ancora far distinzione. Se la servitù può acquistarsi colla prescrizione, il nuovo modo può essere acquistato nella stessa maniera; non così nel caso contrario: solamente sempre per la stessa regola, *minus majori inest*, si conserverà l'antica servitù. Tal' è il caso in cui avendo il dritto di passare a piedi sul vostro territorio, io vi son passato a cavallo o in carrozza per trent' anni; siccome il passaggio a cavallo o in carrozza racchiude il passaggio a piedi, io ho conservato il mio antico dritto, ma non ho acquistato il nuovo modo di passaggio; poichè è una servitù discontinua, che non può guadagnarsi con la prescrizione. Ma se possedendo il dritto di aver delle vedute obblique, io ne avessi avuto delle dirette per trent' anni, ho conseguito colla prescrizione il dritto di conservarla nello stato medesimo; mentre un dritto di veduta può generalmente acquistarsi con la prescrizione.

» La distinzione stessa deve aver luogo qualora il nuovo modo cangia l'antica servitù e ne costituisce una nuova. Si può dar per esempio del primo caso quello in cui avendo il dritto di aprire delle vedute su di una parte determinata del vostro fondo, io le ho tenute per lo spazio di trent' anni su di un' altra parte dello stesso; in questo caso io ho perduto la servitù primitiva, e ne ho acquistato una nuova. Per esempio del secondo caso si può dar quello in cui avendo il dritto di passare su di una parte determinata del vostro fondo, io sia passato su di un' altra parte dello stesso per lo corso di trent' anni; io ho perduto allora la prima servitù, e non ho acquistata la nuova. (*L.* 10. §. 1. *D. Quemadm. servit. amitt.*)

» Bisogna osservare inoltre una differenza essenziale fra la perdita dell' antica servitù, e l'acquisto della nuova, vale a dire che anche riguardo alle servitù continue ed apparenti, potrà accadere che l'antica sia estinta, e che non siasi acquistata la nuova; nel caso, per esempio, in cui durante il termine della prescrizione, il fondo soggetto sia stato posseduto da un proprietario contro del quale la prescrizione non correva, come da un minore, o da un interdetto; poichè in quel caso egli avrà acquistato col non uso per trent' anni continui sulla parte del proprietario dominante la esenzione dall' antica servitù, e questi non avrà acquistato la nuova contro di lui nell' intervallo stesso; mentre supponiamo che la prescrizione sia stata sospesa per qualche tempo a motivo della minore età, o della interdizione del proprietario del fondo serviente.

» Queste decisioni, sembreranno forse rigorose alquanto in alcuni punti, ma io le credo fondante su' principj legali, e necessarie d' altronde per impedire gli attentati che i proprietarj de' fondi dominanti sono sempre disposti, sopra tutto nelle campagne, a recare al titolo costitutivo della servitù. *Delvincourt. Corso di codice civ. tom. 3. nota* 135 *al tit.* 4.

» §. 53. Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, non possono stabilirsi se non per mezzo di un titolo.

» Il possesso benchè immemorabile non basta a stabilirle: ma ciò non potrà pregiudicare alle servitù già acquistate per le leggi precedenti, rispettivamente ne' domi- nj al di quà e al di là del Faro. *Art.* 612 *Leg. civ.*

Intorno alle servitù continue non apparenti, delle quali parla il presente articolo, vediamo adottato per canone di dritto, che queste non possono stabilirsi se non per mezzo di un titolo, che, al dir di Delvincourt, venga dal proprietario, capace di alienare. La servitù essendo uno smembramento dalla proprietà, è sempre riguardata in dritto come una specie di alienazione, e non può in conseguenza essere concessa se non da colui il quale ha dritto di alienare il fondo che vi si assoggetta: salvo ciò che si è detto alla nota 122. (*Riportata nel* §.48.) *Quid* se fosse consentita dal *non domino?* potrebbe acquistarsi con buona fede per lo spazio di dieci, o venti anni? Io penso che bisogna far distinzione. Ogni servitù è un immobile, ed ogn' immobile può essere acquistato in questo modo (2265) (2171.); d' altronde, poichè in-

tal guisa si potrebbe acquistare l'intero immobile, tanto più si può acquistare la servitù, la quale n'è una parte, uno smembramento; ma siccome fa d'uopo che il possesso sia pubblico, e continuo per fondare la prescrizione, io penso che anche con titolo e buona fede non si potrebbero acquistare in questo modo che le servitù continue, ed apparenti.

» *Quid* se fosse stata consentita da un possessore precario? Sarà lo stesso (2223.) (2145), salvo che in questo caso lo stipulante non acquisterà un dritto immutabile, che quando avrà egli stesso prescritta la servitù; laddove se fosse stata consentita da un possessore capace di prescrivere, il dritto dello stipulante diverrebbe irrevocabile dall'istante che il possessore del fondo soggetto ne avesse egli stesso acquistato la proprietà con la prescrizione: poichè da quel momento niuno potrebbe più contestare la servitù. *Delvincourt. Corso del cod. civ. nota* 131. *al tit.* 4. *Tomo* 3.

Sul possesso immemorabile che lo stesso articolo dichiara non esser bastante a stabilire le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, il medesimo giureconsulto osserva che » non si potrebbe intentare l'azione possessoria per queste specie di servitù; imperocchè essa è fondata sul principio, che ogni possessore si presume proprietario sino alla prova contraria; e quando viene ammessa, ha per effetto di dispensare da ogni prova colui al quale il possesso venne aggiudicato, e di costringere all'opposto la parte avversa a provare la sua proprietà. Or qui la presunzione di proprietà risultando dal possesso non può aver luogo; poichè colui che reclama la servitù è sempre obbligato a giustificare il suo dritto con titoli. L'azione possessoria gli sarebbe dunque assolutamente inutile; mentre quando anche il possesso gli fosse aggiudicato, egli non sarebbe meno astretto a giustificare la sua proprietà. Arresto di cassazione dei 28. febbrajo 1814.

» Ma *quid* se si allegasse il possesso di un anno acquistato prima del codice in un paese in cui la servitù di cui si tratta si poteva acquistare con la prescrizione, potrebbe aver luogo l'azione possessoria? Io crederei di sì. Poichè si suppone che la proprietà delle servitù potesse acquistarsi con la prescrizione, il possessore debb'essere riputato proprietario sino alla prova contraria (2230) (2136), e se il possesso viene aggiudicato al reclamante, farà sì che l'avversario sia costretto a provare, che al momento della promulgazione del codice non si era adempita ancora la prescizione necessaria per acquistare la proprietà. È da osservarsi di più a quest'oggetto un arresto di cassazione del 13. Agosto 1810. (*Siey* 1810. *I. par. pag.* 333.) Si è deciso contra questa dottrina li 10. febbraro 1812. (*Bullettino di cassazione* 1813. *n.* 21. *e* 3. *ottobre* 1814). Ma io non meno persisto nella mia opinione, non ostante questa giurisprudenza che sembra costante, ma che parmi dare evidentemente alla legge un effetto retroattivo. Essendo ben certo che i possessori di queste servitù avrebbero potuto prima del codice intentare l'azione possessoria esse avrebbero acquistato questo dritto col fatto solo del di loro possesso. Come mai una legge posteriore ha potuto privarneli?

» *Quid* se il possesso è appoggiato su di un titolo qualunque anche impugnato? In questo caso debb'essere ammesso il possessorio; e 'l suo effetto sarà di obbligare la parte avversa a provare la inefficacia del titolo; ciò che sembra confermare il ragionamento del paragrafo che precede. Da osservarsi gli arresti dalla stessa corte, l'uno dei 24. luglio 1810, l'altro dei 6. luglio 1812.

» Si decise parimenti nella stessa corte che l'azione possessoria poteva aver luogo

» 1. A riguardo di un corso di acqua posseduto in virtù del dritto comune, e delle disposizioni della legge. Arresto del 1. marzo 1815. *Bullettino n.* 17. Questa decisione è fondata sulla ragione. La legge tien luogo di titolo riguardo a coloro, che sono sottoposti al di lei impero.

» 2. Trattandosi di un sentiero destinato alla coltura delle vigne di un cantone, e ciò sul fondamento, che questo sentiero non dovea essere riguardato come una servitù, ma come esistente in virtù di una convenzione precedentemente fatta fra i diversi proprietarj, e di cui non rimane più alcuna traccia. *Idem. Nota.* 132.

Delle decisioni citate da Delvincourt nella nota precedente, riportiamo quelle che presentano le più interessanti questioni agitate su la specie nella corte di cassazione di Parigi. 1. Con decisione de' 10 febbraro 1812 si consagrò la massima, che la querela di perturbazione di possesso non ha luogo nel caso del possesso annuale prima della nuova legislazione, e continuato in appresso.

Fatto. Prima del codice civile, i signori Velten, e Vandhomer erano nell'uso di passare per un terreno di proprietà del signor Hugel nella provincia di Alsazia.

» Verso la fine del 1809 piacque al signor Hugel di non soffrire il passaggio; in conseguenza lo intercettò, e costruì un muro sul terreno che serviva al passaggio.

» I signori Velten, e Vandhomer intentarono un' azione possessoria innanzi al giudice di pace di Strasbourg, e conchiusero tanto per essere conservati nel loro dritto di passaggio, che per la demolizione della novella opera. Hugel rispose, che il fatto di passaggio anteriore dei signori Velten, e Vandhomer, avea avuto luogo per semplice tolleranza; che d' altronde trattandosi di un dritto di passaggio, servitù imprescrittibile secondo il codice civile, 688, il possesso degli attori non era un possesso, la di cui perturbazione autorizzar potesse l'azione possessoria ai termini degli articoli 691, e 2231 del codice civile.

» Velten, e Vandhomer replicano, che il possesso, che gli oppongono non sia solamente il possesso durante il corso dell' anno che ha preceduto la notifica, ma ch' essi si prevalgano parimenti del possesso, che han goduto prima del codice. Or dicono essi: prima del codice i collitiganti abitanti nell'antica Alsazia erano regolati dalle leggi romane; era allora massima in tutte le parti della giurisdizione del consiglio supremo di Colmar, che non avevano particolari statuti, che le servitù discontinue, e specialmente quelle di passaggio, si prescrivevano coll' elasso di dieci, e venti anni, quando vi fosse titolo, e buona fede, e di trent' anni quando non vi fosse nè titolo, nè buona fede.

» Questa difesa dunque era poggiata, 1. sul fatto, giacchè Velten, e Vandhomer avevano avuto prima del codice il possesso del passaggio reclamato per più di un'anno, ed un giorno.

» 2. In dritto in quanto che questo possesso autorizzava allora l' azione possessoria, ed in quanto che cinque, o sei anni dopo la pubblicazione del codice, era permesso d' intentare un' azione possessoria, fondata su di un possesso annuale anteriore al codice, ma in seguito continuato.

» Velten, e Vandhomer sostenevano, che l' articolo 691 del codice civile, seconda parte, autorizzava in tutti i casi a prevalersi di ogni possesso anteriore, dapoichè dichiara di conservare le servitù discontinue di già acquistate in forza di prescrizione.

» Il giudice di pace di Strasbourg mantenne nel possesso Velten, e Vandhomer, atteso il loro possesso annuale dopo il codice civile, ed il loro possesso immemorabile anteriore.

» Hugel appella di sì fatta sentenza per incompetenza, in quanto che trattandosi di una servitù imprescrittibile, non potea esservi luogo all' azione possessoria, ma solamente al giudizio petitorio innanzi ai tribunali civili ordinarj.

» Il tribunale civile di Strasbourg con sentenza del 12 gennajo 1810 annullò la sentenza emessa dalla giustizia di pace per ragione d' incompetenza.

» Considerando, che colla sentenza impugnata è stato deciso su di una quistione di dritto di servitù discontinua di un passaggio, che ai termini dell' art. 691 del codice civile non può più acquistarsi con un possesso, anche immemorabile, e che l' azione possessoria non può essere sperimentata, che quando il possesso è utile e fa presumere la proprietà; che invano si era allegato, che siffatte servitù potevansi nell'antica Alsazia acquistare col possesso, e che lo stesso articolo conserva quelle esistenti nei paesi, nei quali potevano in tal modo acquistarsi; che ciò è vero, ma che bisognarebbe prima di tutto, se si volesse far uso del possesso, provare, che quando fu promulgato il codice civile, la servitù era acquistata, e che ciò non potea essere la materia di un' azione possessoria. - D' altronde atteso, che colla stessa sen-

tenza, il petitorio è stato cumulato col possessorio in quanto che si decide, che gli attori sono in possesso da tempo immemorabile del passaggio litigioso, locchè è interdetto dall'articolo 25 del codice di procedura civile, e che quindi l'appello è ben fondato sulla nullità, e sulla incompetenza. Ricorso in cassazione per violazione dell'articolo 25 del codice di procedura civile, e per contravvenzione dell' articolo 2 del codice civile, e dell'eccezione contenuta nell' articolo 691 dello stesso codice in quanto che il tribunale di Strasbourg ha giudicato che gli attori in cassazione non avevano potuto intentare l' azione possessoria in materia di una servitù di passaggio, quando essi si prevalevano non solo di un possesso immemorabile, ed in conseguenza di un possesso più che annuale anteriore alla promulgazione del codice. Gli attori sostengono, che se in regola generale è vero, che l' azione possessoria sia interdetta per far cessare le molestie, che si provano nel possesso di una delle servitù dichiarate imprescrittibili dal codice civile, questa regola però cessa quando il possesso rimonta ad un'epoca anteriore al codice, ed inoltre quando il terreno, che si pretende affetto dalla servitù è sito in un paese, in cui la servitù altre volte era prescrittibile.

» Pretendono specialmente, che nel soggetto caso in cui essi erano in possesso del dritto di passaggio reclamato da un tempo immemorabile, in cui per una conseguenza necessaria essi avevano prima del codice, un possesso più che annuale, la sentenza impugnata applicar non poteva le disposizioni del codice per escludere l'azione possessoria, senza dar loro un effetto retroattivo.

» In effetti, essi dicono, colui che anteriormente al codice, aveva il possesso annuale di un dritto di passaggio (in un paese come l'Alsazia, ove la prescrizione di queste servitù era ammessa), poteva perciò solo intentare l'azione possesoria per turbazione di possesso - A questo riguardo egli aveva un dritto acquisito prima del codice. Or questo dritto non gli è tolto dalla disposizione del codice, ancorchè rigetti l'azione possessoria in materia di servitù imprescrittibile. Decidere il contrario è lo stesso che violare l'articolo 2 che vieta di dare alla legge un'effetto retroattivo.

» L'articolo 691 codice civile, decide una tal quistione nel modo il più espresso.

» Quest'articolo prescrive che non si possono impugnare le servitù dichiarate imprescrittibili dal codice, allorchè prima del medesimo sono state acquistate colla prescrizione nei paesi, nei quali potevano in tal modo acquistarsi. Da ciò siegue per regola generale, che il codice civile lascia tutto il suo effetto al possesso antico di una servitù divenuta imprescrittibile per l'avvenire. Quindi è che nella specie il possesso reclamato dagli attori avendo anticamente l'effetto di autorizzare l'azione per turbazione di possesso, questo possesso conserva il suo effetto secondo l' articolo 691; e la sentenza impugnata deve essere cassata per ciò solo che in contradizione dell'art. 691, assomiglia il possesso antico al possesso che non avrebbe avuto luogo che dopo il codice, e lo dichiara insuscettibile di autorizzare l'azione per turbazione di possesso.

» Gli attori invocavano l'opinione del signor Merlin nelle sue questioni di dritto, parola *servitù*, §. 5. - Il signor procuratore generale, richiedendo la cassazione di una sentenza del tribunale di Brives, la quale aveva ammessa l'azione possessoria trattandosi di un dritto di passaggio (servitù imprescrittibile) fondavasi principalmente sulla ragione, che l' attore nella specie non aveva il possesso annuale che dopo il codice. Questo magistrato faceva conoscere, che sarebbe stato altrimenti, e che vi sarebbe luogo a querela di perturbazione di possesso, se l'attore si fosse giovato di un possesso annuale anteriore al codice; dapoichè il terreno che si pretende affetto dalle servitù era situato in un paese, in cui le servitù di passaggio si acquistavano prima del codice colla prescrizione.

» La corte regolatrice, continuavano gli attori, ha consacrata la distinzione del signor Merlin colla sua decisione del 13 agosto 1810, emessa sul rapporto del signor Rousseau, e sulle conclusioni del signor avvocato generale Daniel - La corte ha cassata la sentenza del tribunale di Brives, sul motivo che non trattavasi, nella specie, della quistione di sape-

re » se nel caso di un semplice possesso annuale, anteriore alla promulgazione del codice civile, ed in seguito continuato, può esservi luogo all'azione possessoria, e ad ordinarsi provvisoriamente il mantenimento nel possesso »; ma unicamente della quistione di sapere se il possesso annuale dopo il codice fosse sufficiente per autorizzare l'azione suddetta in materia non soggetta a prescrizione; la qual cosa era ben diversa. Per tutto ciò, conchiudevano gli attori, si trova risoluta la questione che presenta la causa attuale: essa si trova risoluta in modo che autorizza l'azione possessoria, poichè nel 1809 il possesso del signor Velten, e Vendhomer era immemorabile; e quindi rimonta a più di un'anno prima del codice civile; essa si trova risoluta in modo tale, che deve produrre la cassazione della sentenza del tribunale civile di Strasbourg.

» Il reo convenuto rispondea che per decidere la quistione di sapere se l'azione possessoria può essere ammessa, il giudice non deve giammai esaminare che il possesso annuale durante il corso dell'anno che precede immediatamente l'assegnazione, e che deve rigettare l'azione se questo possesso annuale è vizioso, o proscritto dalla legge. Or nella specie, diceva il reo convenuto, la citazione; e la querela di perturbazione di possesso avanzata dagli attori in cassazione, rimontavano alla fine del 1809; il giudice di pace non poteva dunque decidere, che avuto riguardo al possesso, ch'essi avevano goduto nell'anno immediatamente precedente (1809, e fine del 1808); ma a quest'epoca gli articoli 688, e 691 del codice civile erano pubblicati, e dichiaravano le servitù di passaggio non suscettibili di possesso; dunque il possesso degli attori era un possesso riprovato, o proscritto dalla legge, e quindi non potea motivare l'azione possessoria; e la sentenza denunziata non avrebbe potuto ammetterla, senza violare gli articoli 688, e 691 del codice civile; ond'è, che per aver negato di ammetterla, questa sentenza non può essere cassata.

» Il reo convenuto avea in suo sostegno la grave autorità del signor presidente Henrion de Pansey: ecco in qual modo si esprime questo magistrato, nella sua opera sulla competenza dei giudici di pace, seconda edizione, pagina 429. »Il possesso annuale, è il fondamento della querela per turbazione di possesso, ed il mantenimento in questo possesso n'è l'unico oggetto: tutto ciò che ha avuto luogo nei tempi anteriori all'anno, che ha preceduto la turbazione di possesso, è dunque estraneo al giudice, del pari, che lo è all'azione che gli è sottoposta: se mai se ne occupa, egli urta colla natura di quest'azione. Cade in una controvvenzione anche più grave, se decidendo sul tempo anteriore all'anno che ha preceduto la turbazione di possesso, giudica, che allora l'attore avea, o non avea il possesso dell'oggetto litigioso; in questo caso in effetti egli verrebbe a conoscere nel merito, e violerebbe in conseguenza la legge che divieta di cumulare il possessorio col petitorio. Ma ciò non è tutto; la legge vuole imperiosamente, che quando trattasi di pronunziare su di una dimanda di simile natura, la procedura sia sommaria, e la sentenza sia resa immediatamente. E chi potrebbe prevedere il termine della lite, se il giudice autorizzar potesse l'attore a provare ch'egli era in possesso ad un'epoca che rimontasse a 30 anni, ed anche molto al di là ......?

» L'attore sosteneva di più che l'articolo 691 del codice civile non conteneva niuna cosa contraria a questi principj. Egli diceva, che se l'art. 691 del codice civile conserva l'effetto degli antichi possessi, relativamente alle servitù imprescrittibili, ciò non accade, allorchè trattasi dell'azion possessoria, ma del merito nel dritto del petitorio, e della proprietà di una servitù acquistata colla prescrizione.

» In quanto all'autorità del signor Merlin, e della decisione di cassazione del 13 agosto 1810, il reo convenuto pretendeva, che tutto ciò che risulta da tali autorità si è che la quistione giudicata dal tribunale di Srasbourg presenta delle difficoltà; ma nè il signor procuratore generale, nè la decisione precitata decidono sì fatta quistione; e quindi è impossibile di argomentare nel soggetto caso, dalla dottrina del primo, e dalle autorità della seconda.

» Il signor Giraud, avvocato generale ha conchiuso per lo rigetto del ricorso.

» *Decisione* - La corte - Considerando che gli attori hanno preteso innanzi al giudice di pace il possesso di un dritto di passaggio; che questo dritto si trova situato dall'articolo 686 del codice civile nella classe delle servitù discontinue; che secondo la disposizione dell'articolo 691 dello stesso codice, le servitù di sì fatta natura non possono stabilirsi che per mezzo di titoli; che quindi il possesso di queste servitù non può giammai far presumere, nè nascere la proprietà, salvo il caso preveduto dallo stesso articolo 691; che in questo caso non trattasi più del possesso, ma della proprietà di già acquistata con un possesso allora sufficiente prima dell' introduzione del codice civile; che all'infuori di questo caso, il preteso possesso di servitù discontinue non può giammai essere utile: che quindi non è mai un vero possesso agli occhi della legge, e conseguentemente non può in niun caso fondare nè l'azione possessoria, nè la competenza del giudice - Considerando, che il giudice di pace, avendo aggiudicato agli attori il preteso possesso di un dritto di servitù discontinua, la sua sentenza ha potuto essere impugnata per ragione d'incompetenza, e lo è stata effettivamente; che perciò secondo l'articolo 554 del codice di procedura civile l'appello è stato ricevibile, d'ondè risulta, che il tribunale di Strasbourg ammettendo l'appello prodotto avverso la sentenza della giustizia di pace, ed annullandola come incompetentemente resa, ha giustamente riguardato le leggi, e gli articoli invocati dagli attori come inapplicabili alla specie: - Rigetta ec.

2. Con decisione de' 6 luglio 1812 si consagrò la giurisprudenza che turbato alcuno nell'esercizio di un dritto è autorizzato ad intentare l'azione possessoria avvalendosi contemporaneamente del possesso annuale, e del titolo da cui venga garantito.

» *Fatto*, I fratelli, e le sorelle Herblin avevano fatto notificare a Tommaso Giacomo Huc copia di un'atto di vendita rogato innanzi notajo ai 19 ottobre 1796, in cui si vede, hanno essi detto, che la mentovata vendita fu stipulata da Pietro Anquetil detto il Bourg, al presente rappresentato da Huc, in favore di Pietro Desprais, rappresentato da Herblin, consistente in una terza parte del dritto di spremere, o fare spremere, pestare o far pestare frutta nel torchio detto il Beau-Plan, con citazione fatta al mentovato Huc di rimettere le chiavi del detto torchio, ed in caso di rifiuto, con citazione di comparire innanzi al giudice di pace del Cantone di Honfleur, per sentir pronunziare, e giudicare, che sarebbe obbligato di somministrare i mezzi onde togliere gli ostacoli, che avea apportati al godimento, ed al possesso, che i suddetti Herblin avevano di spremere frutta a loro piacere, confermandosi alle clausole, ed alle condizioni del titolo, alle offerte di provare, ch'essi avevano fatto uso di tale dritto sino a quest'ultimo giorno, senz'alcun turbamento, nè impedimento, e principalmente nell' anno precedente alla citazione, salva sempre al loro avversario, se mai lo giudicasse conveniente, di agire in petitorio, senza pregiudizio del quale la sentenza da interporsi sul possessorio sarebbe contro di esso emessa, ed eseguita provvisoriamente. Essi avevano conchiuso a 50 franchi di danni, ed interessi.

» Nel giorno 3 febbrajo 1810 prima sentenza, colla quale, sull'eccezione d'incompeza proposta da Huc, il giudice di pace ritenne la causa, ed ordinò, che le parti piatissero sul merito.

» Essendo state intese di nuovo le parti, fu emessa altra sentenza nello stesso giorno, colla quale gli eredi Herblin furono conservati nel possesso del dritto per una terza parte di pestare, o spremere frutta nel torchio detto il Beau-Plan, la proibizione ad Huc di turbarli per l'avvenire, e condanna in 10 franchi di danni, ed interessi.

» Huc appella di queste due sentenze, per causa d'incompetenza, al tribunale di Pont-l'Eveque. I signori Herblin hanno conchiuso, che l'appello fosse rigettato puramente, e semplicemente.

» Ai 20 giugno 1810 questo tribunale con sua sentenza, senz'aver riguardo al mezzo di non ricevere, facendo dritto all'appello, dice, che Huc aveva bene appellato, e che il giudice di pace avea malamente, ed incompetentemente giudicato; in conseguenza annullò le sentenze impugnate coll'appello. Questa sentenza fu motivata su la ragione, che

coll'articolo 691 del codice civile, è espressamente detto, che le servitù discontinue, e non apparenti non possono acquistarsi, che per mezzo di titolo, e giammai col possesso, anche immemorabile; che ne risultava necessariamente, che l'azione possessoria, in fatto di servitù di questa specie, non poteva aver luogo; che questa conseguenza era appoggiata sulla giurisprudenza fissata dalla corte di cassazione.

» I fratelli Herblin han prodotto ricorso per cassazione contro di questa sentenza. Essi han sostenuto, che il tribunale di Pont - l'Eveque, considerando l'azione possessoria per le servitù discontinue come abolita, anche quando il possesso era accompagnato da un titolo, avea falsamente applicato l'articolo 691 del codice civile; essi osservarono, che la corte di cassazione stessa avea fatto distinzione tra questi due casi.

» Il reo convenuto, per parte sua, ha riprodotto il sistema delle sentenze impugnate: egli ha aggiunto, che volendo anche ammettere l'azione possesoria, e la competenza del giudice di pace, quando il possesso era accompagnato da un titolo, ciò non può applicarsi che al caso, in cui il titolo non fosse impugnato, e non già al caso, in cui il titolo era stato contestato.

» *Decisione* - Veduto l'articolo 10 del titolo 3 della legge de' 24 agosto 1790 sul organizzazione giudiziaria, l'articolo 691 del codice civile, e l'articolo 454 del codice di procedura civile.

» Considerando da una parte, che secondo l'articolo precitato della legge de' 24 agosto 1790 i giudici di pace conoscono, senz' appello, fino al valore di 50 franchi, di ogni azione possessoria.

» Considerando, da un'altra parte, che se per effetto del principio stabilito nell'articolo 691 del codice civile, il possesso di un' anno di una servitù discontinua non può dare il dritto d'intentare l'azione possessoria, ciò avviene, perchè il possesso in questa materia, non potendo giammai conferire alcun dritto alla proprietà delle cose reclamate, è sempre considerato precario, e manca per conseguenza il carattere prescritto dalla legge; ma non è lo stesso, quando questo possesso è accompagnato da titolo; che allora non può essere più l'effetto di una semplice tolleranza, nè essere riguardato come precario.

» Considerando, che se il giudice di pace, incaricato unicamente di decidere sul possesso, non può giudicare definitivamente sulla validità del titolo; può ciò non ostante ordinarne provvisoriamente l'esecuzione sotto il rapporto del possesso, servirsene per giudicare del carattere del possesso, ed accordare il godimento provvisorio a quello, che ha un possesso annuale accompagnato da un titolo, colla riserva del dritto delle parti nel merito.

» Considerando, che questo effetto del titolo non può essere distrutto per la sola impugnazione nella sua validità, e che appartiene al giudice di pace di giudicare il merito di questa contestazione, in quanto al fatto del possesso.

» Considerando, che nella specie, il possesso, di cui i fratelli, e le sorelle Herblin eccepivano, era accompagnato da un titolo; che il giudice di pace lo ha riguardato come un titolo apparente; ch'egli dunque ha potuto riguardare il possesso come non essendo precario, nè l'effetto di una semplice tolleranza; che in conseguenza vi è stato luogo all'azione possessoria, e che il giudice di pace è stato competente.

» Considerando infine, che i fratelli, e le sorelle Herblin non avendo conchiuso, che per 50 franchi di danni, ed interessi, la sentenza del giudice di pace è stata emessa in ultima istanza.

» D'onde segue, che il tribunale di prima istanza residente in Pont - l'Eveque, annullando colla sua sentenza de' 20 giugno 1810, quella del giudice di pace del Cantone di Honfleur de' 3 febbrajo precedente, per la ragione, che il possesso accompagnato da un titolo non poteva fondare l'azione possessoria sù la competenza del giudice di pace, ha violato l'articolo 10 del titolo 3 della legge de' 24 agosto 1790 e falsamente applicato l'articolo 691 del codice civile, e l'articolo 454 del codice di procedura civile.

» Per siffatti motivi, la corte cassa ed annulla la sentenza del tribunale di prima istanza di Pont - l'Eveque, resa tra le parti, ai

20 giugno 1810; come ancora tutto ciò, che n'è stata la conseguenza ec. ec.

Dalla nostra suprema corte di giustizia su li medesimi principj stabiliti coll' articolo in esame si sono anche emesse particolari decisioni. 1. Con decisione de' 6 aprile 1820 si stabilisce la differenza tra la cagione originaria della servitù, e la cagione finale, e con ciò si definisce la perpetuità di un dritto stabile e l'esercizio del dritto stesso.

» *Fatto*. Nel mese di luglio dell' anno 1817 il signor de Ayala convenne il signor Beaumont, presso il regio giudice del circondario di Taranto, ad oggetto, che si fosse astenuto di far uso di una porta esistente nell'atrio del palazzo di esso signor de Ayala. Questa porta introduce in un basso, nel quale si perviene ancora per un'altra porta esistente nell' atrio del portone dell'edificio contiguo del medesimo signor Beaumont. Imprese a sostenere il signor de Ayala esser divenuto libero da ogni servitù il palazzo di sua proprietà, dacchè nè Beaumont, nè li suoi antenati per lo intervallo di cinquant'anni aveano usato della porta che mette nell' atrio della sua casa; ond' era ch'erano caduti dal dritto, nel quale furono, stante la prescrizione. A ciò aggiunse il signor de Ayala che anche quando tal dritto era in vigore, la servitù passiva del suo fondo era ristretta alla tolleranza, che per l' atrio del suo palazzo si fosse trasportato dell' olio da riporsi nelle piscine esitenti nel basso dell' edificio di Beaumont, ma non mai gli si permise di farvi trasportare del vino. Per il che in due modi lo stesso Beaumont si attendeva di turbarlo nel libero possesso, in cui era del suo fondo urbano: prima con volere in mal punto riprendere l'esercizio di un dritto dal quale era caduto; e poi industriandosi di renderlo e più esteso, e più pesante col farvi trasportar del vino, il che non mai ai suoi maggiori era stato conceduto.

» Tratto, che fu Beaumont in questo giudizio possesso riale di turbativa, oppose, che mal si ragionava di servitù. Imperocchè la porta, la quale aveva dato spinta alla controversia un secolo, e mezzo indietro erasi da' suoi maggiori aperta in un muro dell' edificio di loro proprietà. Tal porta metteva in un' basso, il quale faceva parte della stessa casa degli antenati suoi. Per il che si era usato di un dritto domenicale, serbandosi quel basso al doppio uso, e di positura e di cantina, siccome tornava in commodo ovvero in piacere. Oltre che per quella porta si usciva in un tratto di strada pubblica, che poi per usurpazione fattane, era divenuto l'atrio della casa di Ayala. Di ciò ve ne era un vestigio, che non permetteva, che se ne dubitasse. Conciosiacchè tuttavia deturpa la parte interiore di quell'atrio una pubblica fogna, che raccoglie tutte le immondezze della città. Cagion per cui quanto si era fatto dai maggiori del convenuto Beaumont, e da lui si era con gelosía custodito, era stato l'effetto di un dritto domenicale, ovvero civico.

» Pur tuttavia, ancorchè riguardar si volesse come una servitù di passaggio per l'atrio di Ayala con carichi da riporsi nel basso dello stesso Beaumont, essendo quella una servitù permanente, giacchè la porta era sempre esistente; ed essendo fermata da un catenaccio, la di cui chiave nell'atto stava presso del convenuto Beaumont, questi ben poteva disserrare, e chiudere tal porta a talento. Adunque era una implicazione di vocaboli, e di concetti, l' essersi confessata la esistenza della porta, la quale non mai fu murata, e l' essersi allegata la prescrizione della servitù della porta stessa. Del pari la servitù del passaggio con carichi da riporsi nel fondo dominante, e la qualità del trasporto non entravano nel calcolo della costituita servitù.

» Quindi dal giudice del circondario di Taranto con sua sentenza del dì 23 luglio dell' anno 1817 si ordinò che il signor Beaumont fosse stato conservato nel possesso della servitù della porta che mette nell' atrio della casa posseduta dal signor de Ayala intromettendo, ed estraendo dalla medesima quel che meglio gli tornava in piacere.

» Di questa sentenza il signor de Ayala se appellò al tribunale civile di Terra di Otranto, ove alle cose già dette prima aggiunse che il giudice del circondario aveva proceduto in una causa per la quale egli era incompetente, giacchè tal' era l' articolo il quale era caduto in esame, da non poter esser discusso, se non in un giudizio petitorio.

» La nuova eccezione d'incompetenza fatta dal signor de Ayala nel giudizio di appello dette luogo alle seguenti risposte del signor Beaumont. Oppose questi, non potersi fare alcuna nuova dimanda nel giudizio di appello; e molto meno di potersi dedurre la incompetenza del primo giudice non dedotta prima. Imperocchè essendo la incompetenza una eccezione pregiudiziale dee allegarsi nell'ingresso alla lite.

» Oltre che D. Diego de Ayala avendo apposto la incompetenza del regio giudice, in un giudizio di turbato possesso, bruttamente si ritrovava contraddicente a se stesso. Di fatti nel primo giudizio egli figurò da attore, e non già da reo convenuto. Egli fu che pretese di non dover esser turbato nel possesso della libertà del suo fondo, nella quale disse di rinvenirsi. Chi mai potea impedirgli d'istituire sull'oggetto un giudizio petitorio presso il magistrato competente?

» Pur tuttavia il tribunale civile di Terra di Otranto qualificò nelle sue considerazioni la servitù controversa, per una servitù apparente e discontinua. Da ciò ne trasse, che non poteva esser l'oggetto di un giudizio possessoriale; giacchè per la nuova legislazione non potendo farsi valere servitù di tal tempra, ove non si produca un titolo; ciò eseguir non si può, se non in un giudizio plenario: mentrecchè per lo dritto antico, ancora coteste servitù possono rimanere prescritte. Di più sul detto di Ayala quel tribunale considerò che essendo stata l'antica servitù per positura di olio, e non per cantina di vino, non poteva Beaumont svolgerne l'uso senza che fosse divenuta più pesante. Per il che dichiarò essersi mal giudicato, e bene appellato, cosicchè la sentenza del giudice regio doveva rimaner priva di effetto, e senza vigore; avendo le parti da provvedersi, come di dritto, presso il giudice competente nel corso di un giudizio petitorio, e fu condannato altresì Beaumont alle spese del giudizio della proposta appellazione.

» Contro di questa sentenza profferita in grado di appello il cavalier Beaumont produsse ricorso per annullamento presso questa suprema corte di giustizia, con averne indicati e proposti tre mezzi.

» Col primo s'imputò al tribunale civile di Terra di Otranto di aver male applicato l'articolo 691 del passato cod. civile, col quale si stabilì non potersi costituire una servitù discontinua se non che per mezzo di un titolo. Imperocchè nella seconda parte dell'articolo stesso si prescrive non potersi impugnare le servitù discontinue acquistate col lungo possesso in que' luoghi ne' quali la consuetudine il permetteva. Ma la quistione versò su di una servitù acquistata nel regno di Napoli un secolo prima, e più, che vi fosse pervenuto il codice civile francese; e neppure Ayala pose in dubbio, che i maggiori del ricorrente aveano acquistata, e fatto uso di una servitù attiva di una porta, che mettea nell'atrio della sua casa.

» Col secondo mezzo si è detto aver quel tribunale confuso il caso dell'acquisto di una servitù per mezzo della prescrizione, con quello della estenzione di una servitù pel lungo non uso.

» E per ultimo col terzo mezzo si fece riflettere di avere quel tribunale sconvolta l'azione prodotta. Di fatti preterì di decidere su la mossa controversia, che tutta si agirava intorno alla servitù attiva, che Ayala affermava di essersi estinta pel non uso di 30 anni; e di aver deciso, che per essere la controversa servitù discontinua, non aveasi potuto acquistare senza titolo, nel che non vi era stata contesa tra le parti: mentrecchè lo stesso Ayala aveva confessato nel giudizio possessorio da lui istituito, che li maggiori di D. Giuseppe Beaumont avendo aperta una porta, che metteva nell'atrio della sua casa aveano acquistata una servitù di passar con carichi di olio per l'atrio suddetto.

» Udito il rapporto ec. ed inteso il pub. minist. che colle sue conclusioni ha chiesto l'annullamento della sentenza.

» La corte suprema di giustizia ec. facendo dritto alle conclusioni del minist. pub.

» Visto ec.

» La corte suprema, innanzi ad ogni altro ha impreso a ponderare se fu ben diffinita per discontinua la servitù controversa. Or si è considerato, che piacque agli antichi giureconsulti di stabilire dover tutte le servitù de' fondi avere una cagione perpetua: ciò nitidamente si ritrae dalla legge *foramen* 28.

D. de servitutibus praediorum urbanorum. Presso gli antichi si ebbe come perpetuo tutto quello che precede da una cagione naturale; ancorchè non ne sia perenne, e continuo l'effetto. Non sempre piove, e talvolta con molta infrequenza; eppure l'acqua piovana si ripose nel ruolo delle cause perpetue, sol perchè procede da cagion naturale. In ciò da giureconsulti furono seguiti li filosofi. Ed invero Aristotile chiamò perpetuo il difetto della Luna, ancorchè per le sue fasi avviene con alternativa, e a riprese.

» Del pari se per un fatto dell'uomo stabile, e non momentaneo si apparecchia un' opera da costituire servitù sul fondo del vicino, come sarebbe l'aprire una finestra per aver l'introspetto sul fondo contiguo, disporre una grondaja per allontanar l'acqua dal nostro fondo, costruire un cammino per la dissipazione del fumo; l'opera stabile, la quale è per produrre una servitù si aggrega alle cagioni perpetue, ancorchè non ne sia asssiduo l'effetto.

« Oltrecchè è ben da distinguere tra la originaria cagione produttrice della servitù, e la cagione finale della stessa servitù, la quale dell'intutto è rivolta, e mira alla utilità del fondo dominante, sebbene ciò sia per diminuire la libertà, e quindi anche il prezzo del fondo serviente.

» E per ultimo non è da confondersi la perpetuità di un dritto stabile e perenne, coll'esercizio del dritto stesso, ch'esser può interrotto, finanche infrequente.

» Quindi da Vinnio opportunamente avvertissi che gl'interpetri nell'aver distinte le servitù in continue, e discontinue, con frequenza han confusa la causa col possesso. Da ciò procedette, che anche li più chiari tra gli eruditi nel qualificare le servitù han pugnato fra loro, disviando in opinioni varie, e talvolta e finalmente opposte.

» Nondimeno anche il passato codice francese nel classificare le servitù tra continue, e discontinue, ripose nel ruolo delle servitù continue la servitù del prospetto, sol perchè procede da una cagione perpetua, qual'è la finestra. Si osservi l'articolo 688 e che forsi è necessario per non cader dal dritto di riguardare sul fondo serviente, che il riguardante divenga una statua immobile su la finestra nello spiare le mosse e li fatti de' suoi vicini senza interruzione?

» Assai meglio dunque del tribunale civile di terra di Otranto qualificossi dal giudice del circondario di Taranto per continua la servitù controversa. Egli con buon giudizio avvertì di essersi costituita con un opera stabile e permanente, qual fu la porta aperta nel muro, la quale non avea bisogno dell'opera attuale dell'uomo per conservare la sua figura, e prestar quell'officio a cui fu diretta, e serbata.

» Si è considerato inoltre, che ancorchè la servitù controversa fosse discontinua, pure con aperta violazione della seconda parte dell'articolo 691 del passato codice civile si stabilì dal tribunale di terra di Otranto non aver potuto il signor Beaumont farne l'acquisto nel difetto del titolo. Conciosiachè sebbene nella prima parte dell'articolo citato si stabilì la regola, che nel difetto del titolo nonmai si hanno per acquistate le servitù discontinue; pure immantinente vi si appose la seguente limitazione, senza che per altro si possano attualmente impugnare le servitù di tal sorta acquistate già col possesso: ove poteano in tal modo acquistarsi?

» Pur tuttavia strano, e al sommo irregolare fu il metodo a cui nel decidere si attenne quel tribunale. Occupossi della ricerca se mai Beaumont acquistar potè la servitù contraddetta, ma su di ciò i litiganti erano di accordo. Lo stesso signor de Ayala confessato avea averne fatto l'acquisto li maggiori del suo avversario in tempo remotissimo; ma che pel non uso di 30 anni erano caduti dal dritto acquistato per effetto della prescrizione. La quistione ne' termini di servitù estinta, fu proposta al giudice regio, e questi dichiarò non essersi interrotto il possesso, nel quale perseverato avea Beaumont. Di che dunque nel secondo giudizio prender dovessi esame? Non di altro certamente se non che delle vicende del possesso della oppugnata servitù. Il tribunal civile ciò trascura, e non impaurisce di annullar la sentenza del primo giudice.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la sentenza; ne rinvia l'esame al tribunale civile di Napoli; ed ordina restituirsi il deposito.

2. La stessa suprema corte di giustizia considerò colla decisione de' 26 novembre 1822 che mentre l'articolo 612 vieta il possesso come titolo induttivo di una servitù discontinua, non deroga alle altre disposizioni, che garantiscono nel possessorio il possesso di una servitù bene, o male costituita. Quindi per lo sperimento delle ragioni nascenti da un titolo costitutivo della servitù riconosce la competenza del tribunale civile, laddove per lo sperimento delle ragioni nascenti dal possesso della cosa riconosce quella del giudice di circondario.

Fatto. Nel dì 27 luglio 1821 D. Ferdinando Spagnoletti domandò nel giudicato del circondario di Andia, che D. Vito Nicola Porro restituisse al primiero stato le innovazioni da lui fatte fin da febbrajo dello stesso anno, per impedirgl' il passaggio di una strada rotabile esistente nel fondo detto *Petrone* di proprietà dello stesso signor Porro, che lo avea acquistato dal signor Rougon. Intimò all' oggetto una sentenza de'30 ottobre 1816 profferita dal giudice di pace del circondario suddetto colla quale i signori Spagnoletti per turbativa loro inferita dal canonico Pastena allora procuratore dell' anzidetto signor Rougon vennero reintegrati nel possesso di due strade sul detto fondo *Petrone*. Il sig. Porro oppose la incompetenza.

» Il giudice senza incaricarsi della opposta incompetenza, con sentenza de' 31 del suddetto mese di luglio, ordinò la esecuzione della sentenza del giudice di pace del 1816. Ma sull' appello del signor Porro, il tribunale civile di Trani con sentenza de' 2 ottobre dello stesso anno, dichiarò la incompetenza del giudice del circondario, annullò la sentenza appellata per difetto di giurisdizione, e rinviò le parti a provvedersi, come di dritto in petitorio.

» Il signor Spagnoletti se ne dolse nella corte suprema di giustizia, deducendo, tra le altre cose, che il tribunale confondendo il diritto di servitù acquistata sotto l' impero delle leggi vigenti con quelle acquistate prima della pubblicazione delle medesime, ha violato l' art. 612 parte 1. delle leggi civili; e che avendo dichiarata la incompetenza del giudice di circondario, aveva negato al ricorrente lo sperimento di un' azione legittima, violando così gli art. 11. e 22. della leg. org. de' 26 maggio 1817.

» Udito il rapporto: presente per Spagnoletti l' avvocato D. Gaspare Capone, che non ha arringato, nessuno essendosi presentato per Porro; ed inteso il regio proc. gen. nelle sue conclusioni, colle quali ha chiesto l' annullamento della sentenza in grado di appello del tribunale civile di Trani, giachè la sentenza profferita nel 1816 dal giudice del circondario nel primo giudizio possessoriale, sebbene interposta contro ad un procuratore senza mandato del proprietario del fondo serviente, venne con tutto ciò eseguita, con essersi conservato l' attore nel possesso della servitù, cioè a dire riconosciuto col fatto dello stesso proprietario, e quindi dal successor singolare signor Porro, senzacchè nè da questo, nè da quello si fosse negato nel nuovo giudizio di turbamento il possesso anteriore, ossia l' esecuzione della sentenza pronunziata nel primo giudizio possessoriale.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio:

» Vista la sentenza; Visto il ricorso:

» Attesochè nelle cause di turbativa di possesso le leggi han provveduto in un modo particolare per la garantia del possessore essendo cosa di pessimo esempio, e contraria direttamente all' ordine pubblico, che taluno per via di fatto, e con privata autorità sia spogliato del suo dritto bene o male acquistato *L. 1. et seq. D. unde vi L. 1. §. 30. L. 12. D. bonor. rapt.* È per ciò si è mai sempre accordata l'azione ricuperatoria, ma si è voluto, che la causa della possessione momentanea si fosse disbrigata sollecitamente a preferenza della causa nel giudizio petitoriale *L. 35. D. de judic.*

» Attesochè i principj stessi di giurisprudenza sono adottati, e maggiormente protetti dalla legislazione attuale, in cui fra le leggi di procedura civile è scritto particolarmente il titolo de' giudizj sulle azioni possessorie, dove nell' art. 129. è consagrata la massima, che il possessorio, e il petitorio non posson giammai cumularsi insieme; e poi nella leg. org. dell' ordine giudizio, e nelle stesse leggi di procedura sono destina-

ti i giudici regj per giudicare e correggere prontamente in un processo sommario le turbative accadute infra l'anno *art.* 22. *n.* 3. *leg. org. art.* 103. *n.* 3. *procedura civile.*

» Attesocchè le teorie testè dette vanno anche applicabili alle servitù prediali, impercciocchè quantunque le servitù consistano in un dritto incorporale, pure la legge riconosce in esse il quasi possesso *L.* 4. §. 27 *D. de usurpat.*, *et usucap.*

» Attesocchè nelle servitù prediali discontinue, nelle quali le attuali leggi richieggono di necessità il titolo, e non riconoscono possesso qualunque atto a costituirle, le teorie medesime anche oggi si debbono custodire, ed osservare; imperciocchè altro è il parlare del modo di acquistare le servitù; altro è parlare del modo di difendere il possesso. Le attuali leggi civili art. 612. mentre vietano il possesso come titolo induttivo di una servitù discontinua, non derogano però alle altre disposizioni, che garantiscono nel possessorio il possessore di una servitù bene, o male costituita.

» Attesocchè, quando trattasi di servitù discontinua acquistata già antecedentemente all'attual legislazione mercè il solo possesso, che allora era riconosciuto, di che parlasi nel secondo §. dell' art. 612. questo possesso di lungo tempo induttivo allora della servitù non è a confondersi con quel possesso annuale, che oggi dà gli elementi al giudizio possessorio a' termini degli articoli 127. e seg. leggi di procedura per conoscere il quale, e per garantirlo sono destinati i regj giudici. Il primo possesso di lungo tempo era sostituito dalla legge al titolo capace di stabilire la servitù, e per esso è oggi competente quel magistrato, che conosce del titolo costitutivo della servitù: il secondo possesso poi, che consiste nella nuda, e semplice detenzione della cosa, è di competenza assoluta, e privativa de' giudici regj, che dalle leggi sono particolarmente delegati a conservarlo a chiunque ne sia stato turbato fra l'anno per via di fatto, e con privata autorità.

» Attesocchè nella specie trattandosi appunto di servitù discontinua, che i signori Spagnoletti colla loro querela esposta in luglio 1821 innanzi al regio giudice dissero aver acquistata col possesso lunghissimo consumato sotto le antiche leggi, del quale possesso si dolsero di essere stati turbati da Porro fin dal mese di febbraro, cioè infra l'anno, due erano li possessi da riguardarsi, e due i giudizj da distinguersi. Vi era il possesso annuale, per lo quale si affacciava la turbativa fra l'anno, e questo era di competenza del giudice regio nel giudizio possessorio. Vi era poi il possesso precedente di lungo tempo, che stava in luogo di titolo, e per questo dovea procedere il tribunale civile in un giudizio petitorio.

» Attesocchè la sentenza pronunziata dal regio giudice in prima istanza riguardò il solo possessorio a' termini della legge, emendando egli il fatto della turbativa arrecata da Porro, fino a che i giudici del petitorio non avessero altrimenti deciso.

» Attesocchè fin dal 1816 una sentenza sul possessorio fu interposto a favore de' signori Spagnoletti da quel giudice di pace nel rincontro, di essersi commesse delle innovazioni in linea di turbativa di possesso sull'indicato fondo da coloro, che allora il possedeano, e che poi l'han venduto a Porro, non ha meritato alcun richiamo.

» Attesocchè il tribunale civile in grado di appello annullando la sentenza del giudice regio, e rinviando le parti a provvedersi di salto in un giudizio petitorio, senza dare frattanto provvidenza alcuna sul possessorio fece restare indeciso il giudizio della turbativa, e trionfante l'attentato commesso da Porro, senza sapersi da qual giudice dovesse essere conosciuto, e corretto.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata sentenza, rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, invia la causa per nuovo esame al tribunale civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

3. Finalmente nella medesima corte suprema si agitò la questione se le servitù discontinue mancanti di titolo sieno della competenza del giudice regio, e possa l'attore essere ammesso alla prova. Venne accolta la negativa con decisione de' 28 agosto 1824.

Fatto. D. Gaspare Le Piane di Catanzaro

allorchè volle inalzar la fabbrica di un muro già principiato sul piano avanti la sua casa per chiuderlo, il di lui vicino D. Vitaliano Bianchi sull' assunto, che vi aveva la servitù di passaggio esercitata *ab immemorabili*, e che il muro attaccava alla sua casa, esente dalla servitù di appoggio, chiese, ed ottenne dal regio giudice l'interdetto.

» Dietro perizia quel magistrato ordinò il distacco della nuova fabbrica dalla casa del Bianchi e che ferma restando la inibizione, le parti adissero il tribunale, per le ulteriori provvidenze sulla servitù confessoria, e negatoria dedotta da Bianchi e negata dal signor Le Piane.

» Ambe le parti appellarono. Una sostenne la libertà del dominio, e la ingiustizia della inibizione, l'altra sostenne che non si era dichiarata la esistenza della servitù, ed ordinata la intera demolizione delle fabbriche.

» Il tribunale pronunziando sugli appelli rispettivi, dichiarò la incompetenza del giudice locale ad ordinare il distacco delle fabbriche. Ed osservò, che le servitù discontinue dedotte da Bianchi, dacchè mancanti di titolo, non erano della competenza del giudice regio e perciò non potea, nè garantirsi dal medesimo, nè ammettersi l'attore a farne prova nel giudizio introdotto; quindi dispose di togliersi la inibizione ordinata.

» Ricorso. 1. Perchè si era tolta la inibizione a malgrado la prescrizione della servitù contestata: 2. perchè nel dubbio non si diede ingresso alla prova testimoniale dimandata: 3 perchè non si era provveduto a' mezzi di ovviare ai pregiudizj dedotti, e che possono rinvenire delle novità, che il sig. Le Piane ha intrapsese sul fondo proprio.

» Udito il rapporto ec. ec. ed inteso il Pub. Minist. che ha conchiuso per l'annullamento della sentenza impugnata,

» La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio:

» Vista la sentenza: visto il ricorso:

» Visto l'art. 103 leggi di procedura.

» Attesocchè la legge attribuisce senza distinzione a' giudici di circondario tutte le azioni possessorie, tra le quali la nunciazione delle nuove opere, a solo oggetto d'impedire ogni innovazione, che alterasse lo stato attuale della cosa. Ma dappoicchè questa precisamente si verifica contro colui, che innova sul fondo proprio, non quando l'opera s'intraprenda sulla cosa altrui; da qui è, che nel primo caso il procedimento si limita all'interdetto, nel secondo, che va alla turbativa, e può menarsi anche alla purgazione dell'attentato.

» Attesocchè nella specie l'oggetto della nunciazione intentata dal signor Bianchi, è stata diretta ad impedire al signor Le Piane le opere principiate sul fondo proprio: in conseguenza de' principj cennati, dovea il regio giudice arrestarsi alla inibizione; e quindi giustamente il tribunale lo dichiarò competente per lo interdetto, incompetente ad ordinare la riduzione dell' innovato.

» Visto l'articolo 127 leggi di procedura:

» Visto l'articolo 691 cod. civ. e 612 delle leggi civili:

» Attesocchè non vi è servitù discontinua senza titolo; in conseguenza non vi è giudizio possessorio, perchè ove chi allega cotesta servitù non ha titolo, che l'appoggi. E dappoicchè la competenza del giudice locale è limitata a vedere non il dritto, ma il concorso del possesso legittimo, ed il tempo dell'azione intentata; le dimande relative alle servitù discontinue, ove manchi il titolo, sono oggi fuori della competenza del giudice locale, e non pertinenti al giudizio di possesso.

» Attesocchè comunque colla seconda parte de' citati articoli 691 e 612 ad evitare la retroattività della legge, si conservino le servitù discontinue acquistate col possesso legittimo prima del codice, pure sebbene ciò possa dar l'adito ad un giudizio petitorio per rivendicarla nel tribunale, non è sufficiente a garantire al terzo l'azion possessoria contra il proprietario, che ne vieta l'esercizio. Avvegnacchè, coincidendo la turbativa sotto l'impero del codice, che non ammette prescrizione di coteste servitù, il possesso annuale non giova, ed il possesso precedente al codice non potendo, che somministrar prova del concorso delle circostanze a trarre dal possesso il mezzo suppletorio al titolo, le indagini sul medesimo, che sicuramente concernono il dominio, non possono entrare nella sede del giudizio possessorio, senza

confondere il possesso col dominio, e cumulare il possessorio col petitorio, che la legge vuole dover succedere.

» La corte suprema considera inoltre, che l'oggetto degl' interdetti, od azioni possessorie è di conservare lo stato attuale delle cose, ed impedire gli attentati, e le conseguenze, che si possono rinvenire dal turbamento, ed incertezza del possesso, per cui vanno spedite *breviter*, *et summatim*. Or quando coteste azioni si assoggettassero all' indagine de' titoli, ed a prove di atti, che vogliònsi raccogliere nel tempo decorso, ed immemorabile, si vedrebbero cotesti affari, contro la natura, e l'oggetto del giudizio, cui van sommessi, riportati al corso incerto del petitorio, ed a pruove testimoniali, che riconosciute equivoche, e mal sicure, la legge attuale generalmente riprova. E nel tempo, in cui la legge ha tolto il dritto di trarre dal possesso il dominio delle servitù discontinue, si manterrebbe un possesso turbolento, che la ragion pubblica vuol sicuro, e tranquillo.

» Attesocchè nel giudizio intentato dal signor Bianchi avanti il regio giudice per la servitù di passaggio, e di appoggio, ove per la mancanza del titolo il tribunale gli ha negata l'azion possessoria, ed ha ordinato, che si tolga la inibizione ingiunta al signor Le Piane, non ha fatto, che la più giusta applicazione della legge. E poicchè mentre ciò si è legalmente ordinato, rimane salva all'attore la libertà di far valere i suoi dritti nel petitorio per la servitù confessoria, e negatoria, che crede prescritta, e per ovviare a' pregiudizj, che suppone rivenirgli dalle innovazioni del signor Le Piane; si trova quanto regolare la sentenza denunciata, tanto mal fondato il ricorso, che l'impugna.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso; libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese ec.

» 54. La destinazione del padre di fami-
» glia riguardo alle servitù continue ed appa-
» renti tiene luogo di titolo. *Art.*613.*Leg.civ.*

» Si chiama destinazione del padre di famiglia, secondo Pardessus, lo stato in cui il proprietario ha disposto ed ordinato più fondi pel di loro uso scambievole.

» Qualche volta un fondo trae vantaggio dall' altro senza essere vicendevolmente soggetto ad incomodo alcuno che stabilisca una specie di compensazione; ed altre volte il vantaggio e 'l servizio è reciproco; ma tali differenze nulla cambiano su la natura, e gli effetti di questa distribuzione.

» Se in seguito questi fondi siano ad appartenere a padroni diversi, sia per effetto di alienazione, o di disposizione fattane dal proprietario, o di divisione tra gli eredi, il servizio che l'un fondo aveva dall' altro, e che era destinazione del padre di famiglia quando appartenevano al medesimo, diviene una servitù tostocchè divengon essi di due proprietarj diversi.

» Ben si comprende che questo stato de' luoghi, il quale da semplice destinazione del padre di famiglia si è convertito in tal guisa in servitù, non dev'essere una distribuzione passaggiera, nè l'oggetto di un utile momentaneo. Egli è quasi impossibile di supporre che senza una convenzione espressa siasi voluto conservare quello che non serviva che ad una utilità puramente personale, o di semplice piacere. Le parti son presunte non aver voluto conservare che le servitù evidentemente necessarie.

» La destinazione del padre di famiglia può essere considerata sotto due rapporti: 1.° quando dopo di aver stabilito o mantenuto lo stato de' luoghi mentre che i due fondi erano nel suo dominio, ne alieni uno con un'altro qualunque: 2.° quando avendo sino alla sua morte posseduto i due fondi nello stato di suggezione particolare o reciproca tra essi, per effetto poi di una divisione o di una vendita all'incanto, passano in potere di differenti padroni. *Pardessus. Trat. delle servitù n.* 288.

» I servizj che un fondo trae da un altro fondo » osserva inoltre Toullier » qualora tutti due appartengono al medesimo proprietario, non sono servitù: poichè questo non è che il libero esercizio del dritto di proprietà: *nemini res sua servit jure servitutis.* Ma se i due fondi venissero ad appartenere a differenti proprietarj, senza, che al momento della separazione delle proprietà sia stato niente stipulato relativamente a questi servizj, essi continuano a sussistere: essi si cambiano in

vere servitù, in virtù della destinazione del padre di famiglia che riguardo alle servitù continue, ed apparenti tiene luogo di titolo.

» Si conosce questa destinazione dalla disposizione, e dall'ordine che il proprietario ha messo nelle sue case od altri fondi, sia per la sua utilità, sia per soddisfare a' suoi desiderj, ed a' suoi gusti. Per esempio fabbricando due case vicine, ove dacchè ne è divenuto proprietario, egli ha fatto formar luci ed aprir porte in modo che l'una ha sull'altra, o hanno reciprocamente tutte due vedute, passaggi ec. egli stabilisce un acquedotto per condurre l'acqua da uno stagno, o da una fontana che gli appartiene in un prato che vuole inaffiare; o in fine dopo di avere successivamente acquistato due case, o due fondi gravati l'uno verso l'altro di servitù che si estinguono colla confusione, seguendo la regola *nemini res sua servit*, egli lascia per suo commodo, o per la utilità de' suoi fondi sussistere le cose nell'antico loro stato.

» Or da questo antico stato, come era quando i due fondi si trovavano riuniti nelle stesse mani, risulta la destinazione del padre di famiglia; poichè questo stato manifesta la sua volontà. *Toullier. Corso di dritto civ. tomo* 3. *n* 605 *a* 606.

» §. 55. Non vi è destinazione del padre » di famiglia, se non quando sia provato che » i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso proprietario, e che sieno da » lui state poste le cose nello stato dal quale » risulta la servitù. *Art.* 614. *Leg. civ.*

Se questa servitù risulta indefinita quale misura dee adottarsi? Fauro è di avviso, che il fondo serviente risenta il minor incomodo possibile.

» Observandum est, per eum servientis fundi locum servitutem constitui debere, ubi minore detrimento constitui possit? quod ipsum ita intelligi oportet, tametsi per longum tempus probetur dominus fundi dominantis solitus ire agere per villam, aut vineas fundi servientis. Nam licet qua primum ille direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae servitutis quantumlibet incommodae potestatem haberet, quia sibi imputet, qui cum servituti locum elegerit, favorabilior tamen videtur conditio domini praedii servientis, cum non habeat dominus fundi dominantis, quod conqueratur, si modo servitus ei praestetur qualis quantaque debita est. *Fabri Cod. Lib.* 3. *tit.* 24. *de servit. Def.* 4.

» §. 56. Se il proprietario di due fondi » tra i quali esista un segno apparente di » servitù, dispone di uno di essi senza che » il contratto contenga veruna convenzione » relativa alla servitù, questa continua ad » esistere attivamente o passivamente in fa» vore del fondo alienato, o sul fondo alie» nato. *Art.* 615. *Leg. civ.*

Osserva Delvincourt » 1.° che la disposizione di questo articolo può essere invocata contra il proprietario stesso da colui in di cui favore egli dispose del fondo, e de' suoi aventi causa: 2.° che questa disposizione è fondata non sul principio di essere la servitù un dritto reale che siegue la cosa in tutte le mani per le quali passa; poichè qui non vi è servitù: *nemini res propria servit*; ma sul principio che quando il proprietario di due immobili ne vende uno è riputato venderlo nello stato in cui si trova, e così pure acquistarlo il compratore.

» Fa d'uopo adunque che la servitù sia non solo continua, ma bensì apparente; altrimenti il compratore potrebbe dire di essere stato ingannato, se si trattasse di una servitù passiva; o essendo attiva, non potrebbe dire ch'egli ha inteso comprare il fondo con tal dritto di servitù.

» Dippiù bisogna che il proprietario sia quegli che abbia messo la cosa nello stato da cui risulta la servitù; altrimenti potrebbe averla ignorata, e dalla sua parte non avrebbe potuto aver luogo la presunzione della volontà.

» Finalmente è chiaro che se l'atto di alienazione contiene una stipula contraria al dritto preteso, la presunzione dee cessare.

» Si osservi ancora non essere più necessario, che la destinazione del padre di famiglia sia provata per iscritto; vale a dire non essere necessario di provare con questo mezzo che lo stato dal quale risulta la servitù esistesse al momento in cui i fondi fossero divisi. Questo fatto può dunque essere comprovato per mezzo di testimonj. *Delvincourt. Corso di cod. civile Tomo* 3. *nota* 140 *al tit.* 4.

Vedi il §. 50. Decisione della suprema corte di giustizia de' 7 luglio 1825 ultime considerazioni.

» §. 57. Mancando il titolo costitutivo del-
» le servitù, che non possono acquistarsi col-
» la prescrizione, non vi si può supplire al-
» trimenti che col mezzo di un titolo, il
» quale contenga la ricognizione della servi-
» tù fattane dal proprietario del fondo ser-
» viente. *Art.* 616. *Leg. civ.*

Osserviamo con Toullier che » il titolo costitutivo della servitù non può essere surrogato da atti enunciativi passati fra terzi, come di contratti di vendita, di divisioni ec. nei quali venisse enunciato che un fondo ha dritti di servitù sul fondo di un terzo. Questi atti sono privi di forza contra i terzi che non erano parti, e che non gli hanno sottoscritti. Il possesso conforme a queste enunciazioni non potrà operare la prescrizione se non a riguardo delle servitù prescrittibili senza titolo.

» È evidente che una sentenza la quale avrà acquistata l'autorità di cosa giudicata potrà supplire al titolo della servitù.

» I giudicati che regolano le condizioni di una vendita all'incanto, o di una divisione possono egualmente stabilire delle servitù.

» L'enunciazione di un dritto di servitù inserita nei giudicati renduti sulle espropriazioni forzate non sarebbe sufficiente per costituire una servitù in pregiudizio di un terzo che non fosse stato chiamato. L'aggiudicazione non può trasmettere all'acquirente dritti più estesi di quelli che appartengono allo espropriato. *Toullier. Corso di dritto civile tomo* 3. *n.* 603.

» §. 58. Costituendosi una servitù, si pre-
» sume accordato tutto ciò che è necessario
» per usarne.

» Così la servitù di attignere acqua dalla
» fonte altrui, porta necessariamente seco il
» dritto del passaggio. *Art.* 617. *Leg. civ.*

È massima che il concedersi qualche cosa importa concedersi anche quello, senza di cui la cosa stessa non può esistere; d'onde risulta, che se non vale l'espresso non può conseguentemente valere il tacito.

Così Ulpiano.

» Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum. Et (ut ait Neratius lib. III. Membranarum) sive ei jus hauriendi, et adeundi cessum sit, utrumque habebit: sive tantum hauriendi, inesse et aditum: sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustum. Haec de haustu ex fonte privato. Ad flumen autem publicum idem Neratius eodem libro scribit, iter debere cedi; haustum non oportere; et si quis tantum haustum cesserit, nihil eum agere (*quia expressum est invalidum, neque valet tacitum*) *L.* 3. §. *ult. D. de serv. it. praed. rust.*

» Osservano gli autori delle pandette francesi essere questo articolo fondato sulla regola, che qualunque dritto suppone ciò che è necessario al suo esercizio.

» Ma quest' accessorio si restringe a quest' esercizio. Così la servitù di attinger l'acqua non porta che la concessione del passaggio sino alla fontana, ed anche nella linea la più retta, la più breve, e pel sito il meno incomodo pel fondo serviente.

» Sulla costituzione delle servitù vi sono alcuni altri principj generali che il codice non rammenta, e che sarà bene di qui esporli, perchè il trattato sia completo.

» Si può imporre una servitù non solo ad un edifizio di già sussistente, ma altresì ad un edifizio che ancora non esiste, *et vice versa*. Perciò io posso stipulare, che nel caso in cui voi fabbricherete un' abitazione in tal sito, io godrò su di essa di tale servitù, come della finestra, del dritto di stillicidio, o altrimenti: e così ancora costruendone una io, essa avrà sulla vostra tale o tal dritto.

» Si può parimenti stipulare la servitù riguardo ad una cosa che ancora non esiste, come di attingner l'acqua ad una fontana che non è ancora stabilita.

» Nulla impedisce di limitar l'uso della servitù a tempi determinati. Quindi accordando un dritto di attingner acqua, si può dire che non sarà esercitato che ad ore determinate, o che il dritto di passaggio non avrà luogo che durante una parte del giorno.

» La servitù si può restringere ad una parte del fondo; purchè questa parte venga designata: perchè una servitù non può costituirsi in una parte indivisa. Neppure può essere accordata per una porzione indivisa, dal che

ne segue, che il compadrone indiviso di un fondo non può stipulare per se il dritto di passaggio, anzi fa d'uopo che tutti i proprietarj vi convengano.

» Le servitù sono indivisibili. Perciò non si può acquistar parte di una servitù, nè legarla in parte. Se dunque il proprietario del fondo al quale è dovuta una servitù, muore lasciando più eredi; ognuno di essi esercita la servitù intiera; e se la medesima cosa accade dalla parte del fondo serviente, ognuno degli eredi deve la servitù intiera, di modo che può essere domandata ad ognuno di essi pel totale.

» Siccome non può esservi servitù che non sia per l'utilità attuale o almeno futura del fondo pel quale si stabilisce, ne segue che il suo esercizio non può eccedere questa utilità. Per esempio, se io ho il dritto di fare calce o trarre creta nel vostro fondo, non potrò farne o trarne più che non me ne bisogna nel mio, e non me ne sarà permesso di venderne, perchè questo non è più utile al mio fondo.

» Per la medesima ragione, se fra due fondi vi è una montagna o un fondo libero, non si può imporre una servitù all'uno in favore dell'altro, giacchè allora non può esservi alcuna utilità.

» Questo principio soffre in conseguenza eccezione nel caso in cui questa utilità può aver luogo. Se, per esempio, tra la vostra casa e la mia, ve n'è una che non noccia alla mia vista, posso stipulare che voi potrete innalzare la vostra, perchè questo è utile alla mia casa; ma se il proprietario della casa intermedia viene ad alzarla, nulla potrà più impedire di alzare la vostra, perchè la servitù che vi era imposta, diventa inutile alla mia.

» Se vi sono più proprietarj dello stesso fondo, uno di esso non può da se solo imporgli una servitù. Tutti debbono acconsentirvi, o nello stesso atto dello stabilimento della servitù, o posteriormente colla loro approvazione; ed in questo caso la servitù non si acquista dal proprietario del fondo dominante, se non quando hanno tutti acconsentito.

» È bene di osservare ch'è vero che la servitù non si acquista se non quando tutti i proprietarj del fondo dominante hanno acconsentito, ma sino a questo punto, coloro che hanno accordata la servitù o che vi hanno acconsentito, non possono opporsi al suo uso, perchè vi sarebbe dolo dalla lor parte. Soltanto coloro che non hanno acconsentito nè approvato possono contrastarla.

» Per poter accordare la servitù non basta esser proprietario, ma fa d'uopo esser proprietario pieno, cioè avere la piena proprietà. Chi non ha che la proprietà nuda, neppure può accordarla col consenso dell'usufruttuario.

» Lo stesso deve pratticarsi per l'acquisto delle servitù. Se vi sono più proprietarj, uno di essi non può stipulare da se solo la servitù. Questa neppure può essere legata ad uno di loro solamente, perchè la servitù è indivisibile, e non può essere acquistata per una parte. Non può esserlo validamente che da tutti insieme.

» Siccome colui che non ha che la nuda proprietà, non può imporre servitù al fondo di cui un altro ha l'usufrutto, così l'usufruttuario non può acquistare una servitù a questo fondo, di cui non ha la proprietà. *Osservazione all'articolo* 696 *del codice civile.*

Dei dritti del proprietario del fondo al quale è dovuta la servitù.

» §. 59. Colui al quale è dovuta una servitù può fare tutte le opere necessarie per usarne e conservarla. *Art.* 618. *Leg. civ.*

Concorda con la dottrina professata da Celso

» Si iter legatum sit, qua nisi opere facto iri non possit: licere (*ei cui servitus debetur*) fodiendo, substruendo iter facere, Proculus ait. *L.* 10. *D. de servitutibus.*

Casus. Si legas mihi, ut eam per fundum tuum, qua iri non potest nisi opere facto, an possum opus facere, ut possim ire? Et responde quod sic. *Vivianus.*

Cujacio più precisamente ne dà particolari esempj.

» Quaestio hujus legis haec est, an is cui iter cessum est vel legatum possit opus facere itineris instituendi causa? Verbi gratia: iter legatum est qua iri non potest, an po-

terit legatarius opere facto iter sibi facere? et lex ait: posse. *Opere facto* inest subfodiendo, et substruendo. Substructiones sunt fabricae, quae fiunt in locis quibus iter munitur. Addendum est, eum qui iter habet, pontem facere posse, si aliter ire non possit, ut si locus sit palustris, vel uliginosus. *Cujacii Com. in tit. 1. D. de servitutibus ad L. 10.*

Pomponio però aggiunge a questa massima, di farsi tali opere senza recar danno al fondo serviente.

» Quintus Mutius scribit: cum iter aquae, vel quotidianae, vel aestivae, vel quae longiora intervalla habeat, per alienum fundum erit (*constitutum*) licere fistulam suam, vel fictilem, vel cujuslibet generis in rivo ponere, quae aquam latius exprimeret, et quod vellet in rivo facere, dum ne domino praedii aquagium faceret deterius. *L. 15. D. de servitut. praed. rust.*

Casus. Si habeo iter per fundum tuum, vel aquaeductum, possim ibi ponere fistulam vel canales ut per eam ducatur aqua magis libere; dummodo non deterioretur rivus unde aqua ducitur ex fundo meo. *Accursius.*

» §. 60. Tali opere debbono farsi a sue » spese, e non del proprietario del fondo » serviente; purchè il titolo di costituzione » della servitù non istabilisca il contrario. » *Art.* 619. *Leg. civ.*

Canone uniforme dettò Ulpiano.

» In omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet qui sibi servitutem adserat, non ad eum cujus res serviat. *L. 6. §. penult. D. de servitutibus.*

La ragione è data da Bartolo:

» Qui debet servitutem cogitur pati, non agere *Argum. ad L. 15. §. 2. D. de servitutibus.*

» Questo articolo stabilisce, al dir di Pardessus, che le opere necessarie all'uso, ed alla conservazione di una servitù sono a spese di colui al quale essa è dovuta, purchè il titolo che la stabilisce non dicesse il contrario. Ma questi principj non si debbono estendere oltre i casi delle servitù: ciò sarebbe abusarne anzi che invocarli, allorchè si tratta di una proprietà divisa nella quale uno possiede la superficie, ed un'altro la parte inferiore.

» È chiaro da ciò che i servisj degli animali, quando anche avessero per oggetto di procurare una più grande utilità al fondo pel quale fossero stati stipulati o riservati dal venditore, per la prestazione da farsene dall'acquirente del fondo, e da quelli che gli succederanno, non dovrebbero affatto essere considerati sotto l'aspetto di una servitù. Non vi si può rilevare, che una locazione di opera risultante da una convenzione accessoria ad un altra, di cui essa sarebbe la conseguenza e la condizione, è limitata ad un oggetto e ad una durata certa conforme all'articolo 1780 (1626).

» Tale necessità che l'oggetto della servitù ha per fine d'imporre qualche carico ai fondi gravati, è così assoluta che non potrebbe darsi il nome e gli effetti della servitù alla obbligazione imposta al proprietario del fondo di mantenere gli utensilj del molino, gli sportelli, i fossi di altro fondo, di fare anche sul proprio muro delle pitture che dassero un aspetto più pacevole alla casa vicina. Questo mantenimento, queste opere non essendo a carico del fondo, non si potrebbero obbligare i possessori successivi di continuarne l'adempimento, se essi non ne avessero personalmente contratta l'obbligazione. *Pardessus. Trat. delle servitù n. 19 e 20.*

Delvincourt ci fa riflettere inoltre che » il presente articolo non prescrive alcun limite sul titolo costitutivo del divieto delle opere. Ma nel caso in cui esistesse questa convenzione, alcuni autori dietro il principio stabilito nella precedente nota, pensarono ch'essa non facesse parte della servitù, e non producesse che una semplice obbligazione personale. La quistione è importante, perchè in questo sistema il dritto che risulterebbe da una somigliante convenzione, sarebbe egualmente personale, e per conseguenza non seguirebbe affatto l'immobile in tutte le mani per le quali passerebbe. Ma ciò che prova che questa opinione non sia fondata, almeno nel nostro dritto, e che nell'articolo 698 il legislatore abbia avuta l'idea di stabilire una eccezione al principio generale, si è che l'articolo 698 (620) prescrive che il proprietario il quale ha consentito a simile convenzione, può esimersene abbandonando il fondo. Dunque e-

gli non è tenuto personalmente, e l'azione non può essere che reale. Questa fu la decisione della legge 6. §. 2. *D. si servitus vindicetur*, in cui si dice che *hanc servitutem non hominem debere sed rem*. Dunque è in qualche modo una seconda servitù aggiunta alla prima; e siccome sarebbe allora una servitù discontinua, non potrebbe acquistarsi con la prescrizione.

» Ma riflettete: 1.° che nel caso stesso in cui il proprietario del fondo soggetto abbia contratta l'obbligazione speciale di costruire le opere necessarie, egli non è tenuto che qualora la necessità di tali opere risulti dall' uso ordinario della servitù, o dalla forza maggiore. Poichè se siano state fatte per colpa di colui al quale è dovuta la servitù, egli è tenuto a farle eseguire a proprie spese. 2.° Che l'obbligo di far i lavori considerato come una seconda servitù essendo in questa materia una eccezione al principio generale, debb' essere applicato *stricto sensu*, e per conseguenza deve limitarsi alle riparazioni, ed alla ricostruzione dell' oggetto indicato, e non si estende al di là. Così colui che si è obbligato a riparare un muro, non è tenuto nè a far demolire, nè a puntellare gli edifizj sostenuti da questo muro, ed appartenenti al vicino. *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 145 *al tit.* 4.

» §. 61. Anche quando il proprietario del
» fondo serviente è tenuto, in forza del ti-
» tolo, di fare a sue spese le opere necessa-
» rie per l'uso o per la conservazione della
» servitù, può egli sempre liberarsene, abban-
» donando il fondo serviente al proprietario
» del fondo dominante. *Art.* 620. *Leg. civ.*

Maleville discute il dubbio seguente. Chi è obbligato alle ristaurazioni del muro sopra cui ha dritto di appoggiarvi il vicino, nè vuole ristaurarlo, sarà egli costretto di abbandonare la intera sua casa, perchè questo muro ne forma parte? Oppure dovrà egli cedere tutto il muro, benchè il vicino dominante non se ne serva che di una sola porzione per appoggiarsi?

» Stando rigorosamente ai termini dell' articolo il proprietario dovrebbe pur troppo abbandonare la casa intera; ma l'equità ripugna a questa decisione. Non credo nemmeno che un proprietario sarebbe obbligato a cedere un muro di dieci tese di larghezza perchè il vicino conficcherebbe la sua trave a due o tre piedi di profondità. Le leggi si debbon sempre interpetrare favorevolmente, e tendere alla libertà de' proprietarj. Stimo adunque, che in simile caso la decisione dovesse appartenere ai periti. Del resto non è a supporsi, che uno voglia abbandonare una proprietà di mille scudi per non ispendere forse poche centinaja. Si riavvicini questo articolo a quelli che parlano de' muri comuni, che uno de' proprietarj può cedere, e si osservino le stesse regole di equità. *Maleville. Osservazione all'art.* 699 *del cod. civ.*

» L'obbligo di riparare, dice poi Delvincourt, è reale. Esso si comunica a tutto il fondo; dunque nessuno può esimersene senza abbandonare il fondo intero. (Argomento tratto dall' articolo 2114 (2000)

» *Quid* se il fondo viene ad essere diviso, e che colui nella parte del quale si trova il cammino che debb' essere mantenuto abbandoni questa parte, qual sarà mai il risultato di tale abbandono? Essa rimane liberato, ma gli altri come proprietarj non potranno esserlo, che abbandonando egualmente la loro porzione. È questa una necessaria conseguenza della realtà del dritto. D'altronde lo stesso articolo 699 (620) conferma questa decisione, poichè in esso si dice, che il proprietario potrà sempre liberarsi dal peso, abbandonando il fondo soggetto; *il fondo*, è detto, e non *una parte* solamente del fondo. Finalmente un sistema opposto sarebbe del tutto contrario alla giustizia; poichè sulle prime ne risulterebbe, che i debitori sarebbero liberi di diminuire, e quasi annientare il dritto del creditore; ed in secondo luogo, potrebbe accadere che l'obbligazione del mantenimento fosse di molto peso, e 'l proprietario dominante non si trovasse sufficientemente indennizzato dall' estinzione del dritto nel fondo, coll'abbandono di una porzione, forse molto tenue. Notate che quest'abbandono è una vera abdicazione della proprietà, che passa in seguito nella persona del proprietario del fondo dominante; ed ecco in che questo abbandono differisce dalla cessione per ipoteca.

» *Quid* riguardo alle ipoteche, ed altri dritti reali che avrebbero potuto essere consentiti dal proprietario anteriormente all'abbandono del fondo? Bisogna far distinzione. Se consentiti prima dello stabilimento della servitù, e che siansi osservate tutte le formalità richieste per la conservazione di questi dritti rispetto ai terzi, essi vengono conservati nella loro integrità, e seguono il fondo nella mano del nuovo proprietario; ma se sono posteriori, io penso che in verità potrebbero essere esercitati, ma a carico di coloro che gli eserciteranno di garentire il dritto del proprietario del fondo dominante. Se dunque si tratta di un'ipoteca, il creditore potrà far vendere l'immobile, ma incaricando della servitù il compratore. Se si tratta di un usufrutto l'usufruttuario non potrà conservare il suo dritto che col medesimo peso, salvo il suo ricorso contra il proprietario, a norma delle disposizioni dell'articolo 609 (534) *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 146 *al tit.* 4.

» §. 62. Se il fondo dominante viene ad
» essere diviso, la servitù è dovuta a ciascuna
» porzione senza però che si renda più gra-
» vosa la condizione del fondo serviente.

» Così se si tratti di una servitù di passaggio,
» tutti i compadroni son tenuti ad esercitarla
» pel medesimo luogo. *Art.* 621. *Leg. civ.*

Pomponio per l'uso indiviso della servitù porge l'esempio di più eredi dai quali quest'uso viene a godersi in solidità.

» Viae, itineris, actus, aquaeductus pars in obligationem deduci non potest; quia usus eorum indivisus est (*secus in usufructu ut D. ad leg. falcidiam L.* 1. §. *si usufruct.*): Et ideo si stipulator decesserit pluribus heredibus relictis, singuli insolidum viam petunt. Et si promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est. *L.* 17. *D. de servitutibus.*

Cujacio propone due questioni: una è se stipulata la servità di passaggio in un fondo, ma non ancora acquistata, vendendosi poi questo fondo possa il compratore pretendere l'effetto dello stipulato: l'altra è se venduta una parte del fondo per indiviso possa benanche in essa acquistarsi la servitù: in amendue sostiene la negativa.

» Stipulatus sum viam ad fundum meum, nondum tamen acquisivi, quia mihi adhuc cessa non est: deinde fundum tuum vendidi, quaestio est, an stipulatio transeat in emptorem? Minime. Nam emptor est successor rei, non juris, si mandetur tamen ei, transit in eum, et dabitur ei actio *L. si sub una* 136 *in f. L. existimo* 98 *de verb. obl.* Quaeritur deinde quid juris sit si partem fundi vendidero pro indiviso, communicato fundo, an dabitur emptori actio? Minime. Hoc est in parte quod in toto. Sed summa quaestio est an hoc casu venditori competat actio ex stilatu pro sua parte? Minime, quia servitus acquiri non potest pro parte indivisa. Inutilis igitur est haec stipulatio. Et hoc est quod dicitur his verbis *et ideo etc. Acquisita servitus pro parte retineri potest. L. ut pomum.* 7. *h. t.* Quia jam haesit praedio, facilius haeret praedio, quam imponitur. Promissa autem servitus communicato praedio, pro parte indivisa acquiri non potest. Diversum est si stipulator decesserit, pluribus relictis heredibus; nam stipulatio tum transit in heredes, in emptorem transire non potest. Ergo illi heredes agent singuli non pro parte indivisa, sed agent in solidum ex stipulatu, et singuli solidam viam petent. *Cujacii Com. in tit. de servitutibus D. ad L.* 17.

Quid se sia una servitù di attinger acqua o di pascolo, che per effetto della divisione del fondo dominante il bisogno dell'acqua, o il numero delle bestie fosse cresciuto? È lo stesso, risponde Delvincourt. La servitù è dovuta al fondo e per conseguenza a tutti quei che vi abitano. Ma sarebbe altrimenti se il modo e l'estensione della servitù fossero stati determinati, per esempio, nella servità del pascolo, se il numero delle bestie fosse stato stabilito dal titolo. Egli è evidente che in questo caso, qualunque sia il numero de' proprietarj, quello delle bastie non può esser mai aumentato.

» *Quid* se si tratta di un dritto di prospetto concesso da principio a colui che aveva una casa e de' territorj, e che dopo la di lui morte, avviene che la casa spettasse in porzione ad uno de' suoi eredi, e le terre ad un altro, quest'ultimo potrebbe, facendo edificare, usar del dritto di prospetto? Io

credo in prima che la quistione debba decidersi per mezzo del titolo, se fosse possibile. Se in esso si disse per esempio, che la servitù è concessa a tal fondo, o al proprietario di tal fondo, allora essa è dovuta al fondo intero, e per conseguenza ai terreni come alla casa. Ma se si fosse detto nel titolo, che il dritto di prospetto veniva concessa alla casa, allora è chiaro che non può esser invocato dal proprietario de' terreni. Ove non vi esista alcun titolo, o che si dubiti del modo in cui debba esser compreso, a me sembra che in forza delle regole generali l' interpetrazione, debba decidersi in favor del fondo serviente, e restringere il dritto di prespetto solo alla casa.

a *Quid* se il fondo serviente sia diviso, nel caso, per esempio, in cui il proprietario sia morto lasciando più eredi? Per la stessa ragione la servitù sarà dovuta per intero da ciascun coerede, se tuttavolta essa sia di natura ad avere il suo effetto sul fondo intero, come le servitù *altius non tollendi*, *luminum*, *prospectus*, ed altre simili. Ma se essa fosse tale, da non poter essere esercitata che su di una parte del fondo, come un dritto di passaggio senz' altro peso, non vi sarebbe allora che la porzione nella quale si troverebbe il passaggio concesso, che resterebbe gravato delle servitù rispetto al proprietario dominante, salvo gli accomodi rispettivi dei comproprietarj del fondo soggetto fra loro. *Delvincourt. Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 147 *al tit.* 4.

» §. 63. Il proprietario del fondo servien-
» te non può fare cosa alcuna che tenda a
» scemare l' uso della servitù, o a renderlo
» più incomodo.

» Per conseguenza non può variare lo sta-
» to de' luoghi, nè trasferire l'esercizio della
» servitù in un sito diverso da quello dove
» fu originariamente stabilita.

» Tuttavia se questa primitiva destinazio-
» ne è divenuta più onerosa al proprietario
» del fondo serviente, o se l' impedisce dal
» fare delle riparazioni vantaggiose, potrà
» offerire al proprietario dell'altro fondo un
» sito egualmente comodo per l'esercizio de'
» suoi dritti; e questi non potrà ricusarlo.
» *Art.* 622. *Leg. civ.*

Sul divieto di non potere il padrone del fondo serviente variare l'esercizio di una servitù già costituita è uniforme la dottrina di Celso.

» Si cui simpliciter via per fundum cujuspiam cedatur, vel relinquatur in infinito videlicet, per quamlibet ejus partem ire agere licebit modo civiliter. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur. Non enim per villam ipsam nec per medias vineas ire agere sinendus est; cum id aeque commode per altarum partem facere possit, et minore servientis fundi detirmento (*nec enim malitiis*): verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae (*non licet ei variare*) ejus potestatem haberet; sic et Sabino quoque videbatur: qui argomento rivi utebatur quem primo, qua liberet, ducere licuisset; postea quam ductus esset transferre non liceret (*in aliam partem fundi*: *sed dominus potest ex causa mutare sine incommodo ejus cui debetur servitus*): quod et in via servandum esse verum est. *L.* 9. *D. de servitutibus.*

Casus. Per fundum meum nunquid per quamlibet poteris partem ire? et responde quod sic de stricto jure. Sed locus est de aequitate constituendus; quia debes ire per illam partem quae minus nocet fundo meo. Sed nunquid si per aliquam partem coepisti ire, poteris variare? et responde quod non; quare nec amplius poteris variare; nam sic in rivo electio est, ut non possit iterum electum rivum mutare. *Accursius.*

Il silenzio però, che possa dimostrarsi a qualunque cambiamento fatto dal padrone del fondo serviente, costituisce il cambiamento stesso legittimamente avvenuto. Così Fabro.

» Consensus qui ex sola patientia, et ob id non factum inducitur, levior esse solet, minorisque momenti quam qui ex facto ipso, cum tacitus ille videri debeat, hic vero potius haberi pro expresso, quandoquidem nihil interest verbo ne an facto quid exprimatur. *Fabri Cod. lib.* 3. *tit.* 24. *de servit. Def.* 4.

» §. 64. Colui che ha un dritto di servi-
» tù non può dal canto suo usarne se non
» secondo il suo titolo, senza che tanto nel
» fondo serviente, quanto dominante, possa

» innovare cosa alcuna la quale renda più » onerosa la condizione del primo. *Art.*623. » *Leg. civ.*

» Così, dice Pardessus, il proprietario le cui acque si versano in un fondo, costretto dalla disposizione de' luoghi a riceverle, non può unirvi altre acque che accrescessero la massa di quelle che discendono sul fondo inferiore; ed anche riguardo a quelle che vi cadono naturalmente, egli non può, senza contravvenire alla legge permettersi innovazioni che aggravino la servitù.

» Se si tratta di passaggio o di un attingimento di acqua ad un ora, o ad un epoca determinata, quell' ora, e quell' epoca non può essere cambiata. In una parola, nulla di ciò che accrescesse la servitù o la rendesse più onerosa è permesso a colui che ne usa.

» Nondimeno se il fondo gravato soffre qualche danno per una conseguenza naturale della servitù; se un fondo inferiore è inondato da torrente cui una corrente d'acqua dà passaggio; se il tetto di colui che riceve le acque piovane è danneggiato da pioggia straordinaria, quegli cui è dovuta la servitù non è tenuto a questi discapiti, meno che egli non abbia fatto allo stato de' luoghi qualche cangiamento non autorizzato dal titolo costitutivo, e che quel cangiamento sia stato l' occasione del danno. Finalmente non s' intende aggravare la servitù quando si fa quello ch'è indispensabile per usarne; nè s' intende accrescerla quando si fanno gli atti necessarj per esercitarla. *Pardessus. Trat. delle servitù n.* 58.

Qual mezzo sarà poi ad adottarsi su di un punto in cui non vi è titolo? Il giudice » risponde Delvincourt » dee decidere col principio di equità, il quale impone, che si concilii sempre l'utile più grande del fondo dominante col minore incomodo del fondo serviente; e che nel dubbio debba pronunciarsi sempre in favore di quest'ultimo. Vi sono d'altronde delle regole di convenienza alle quali dee il giudice uniformarsi: come quella che vuole che un dritto di passaggio a traverso di un cortile, o altra dipendenza di una casa abitata, non si eserciti in un ora inopportuna. *Delvincourt. Corso di codice civile nota* 149. *al tit.* 4. *Tomo.* 3.

In qual maniera si estinguono le servitù.

» §. 65. Le servitù cessano quando le cose si trovano in uno stato tale che non se » ne possa più far uso. *Art.* 524. *Leg. civ.*

» Come, dice Toullier, se il fondo dominante, ed il fondo serviente venissero a perire, se questi sono sommersi; se la casa che doveva la servitù, e quella a cui era dovuta sono incendiate o demolite, se fra la casa gravata della servitù *altius non tollendi* a quella in favor della quale era stabilita si fabbrica un edificio più elevato.

» Sarebbe lo stesso se cessasse la causa della servitù: per esempio, se la sorgente dove io aveva il dritto di attinger l'acqua venisse a disseccarsi, perderei il dritto di passare sul fondo vicino; poichè questo dritto di passaggio era accessorio del dritto di attinger acqua, non potendo più sussistere l'accessorio quando si è estinto il dritto principale. *Si qua servitus debetur, per consequentiam ita ut sine hac accessoria, principalis foret inutilis: amissa principali, accessoria quoque amittitur. Wolf. p.* 5. §. 1418. *Toullier. Corso di dritto civile t.* 3. *n.* 684.

» §. 66. Tornano ad aver luogo se le cose sono ristabilite in modo da poterne usare; purchè non sia trascorso uno spazio di » tempo bastante a far presumere estinta la » servitù, siccome è detto nell' articolo 627. » *Art.* 625. *Leg. civ.*

Iaboleno somministra l' esempio dell' alluvione, che estingue la servitù in quella parte del fondo che occupa; e che poi cessando, restituisce libero il fondo stesso.

» Si locus per quem via, aut iter, aut actus debebatur, impetu fluminis occupatus esset; et intra tempus quod ad admittendam servitutem sufficit, alluvione facta restitutus est, servitus quoque in pristinum statum restituitur. Quod si id tempus praeterierit, et servitus amittatur, renovare eam cogendus est. *L.* 14. *D. Quemadmodum servitutes amittantur.*

Altro esempio ci porge Delvincourt sulla specie. La mia casa, ei dice, aveva un dritto di prospetto sulla casa vicina: io la fo demolire, e lascio scorrere trent' anni sen-

za fabbricarla; la servitù è prescritta. Questa decisione è giusta, poichè se io perdo la servitù è pel fatto mio, e si deve a me solo imputare. Ma in questo caso potrei conservare il mio dritto per mezzo di una protesta? Io nol penso. Qui nulla vi è da rimproverare al proprietario dell'altro fondo, ed a di costui riguardo il semplice non uso della servitù per trent'anni debbe operarne l'estinzione. Per l'obbiezione poi che può ricavarsi da ciò che si è precedentemente detto, si può dire esservi questa essenzial differenza, cioè che in questa nota si tratta dello stabilimento di una servitù, e qui al contrario della liberazione, e del ritorno al dritto comune, ch'è più favorevole. In secondo luogo, nel caso della nota 22 (*cioè nel caso dei lavori visibili che abbiano potuto conoscersi dal proprietario della sorgente*) furono fatte dal proprietario del fondo inferiore delle opere destinate a facilitare la caduta delle acque sul suo fondo. La legge ha voluto che la costruzione di queste opere facesse presumere una concessione, e che trent'anni dopo tal presunzione si cambiasse in servitù legale, ben inteso che nulla l'abbia distrutta in questo intervallo. Or questa trovasi distrutta con una protesta. Ma qui non vi è stata alcuna presunzione; semplicemente è una prescrizione per liberarsi, la quale si acquista col solo fatto di non essersi il dritto esercitato. Ora il dritto risultante da una servitù, non si esercita che colla stessa servitù, e non con una semplice protesta. Dunque per questo caso è lo stesso che per quello di una semplice intimazione a rilasciare un immobile, la quale sicuramente non interromperebbe in nessun modo la prescrizione. *Delvincourt Corso di codice civile tom.* 3. *nota* 162 *al tit.* 4.

» §. 67. Qualunque servitù si estingue, » riunendosi in una sola persona la proprie» tà del fondo dominante e quella del fon» do serviente. *Art.* 626. *Leg. civ.*

Così Cajo.

» Servitutes praediorum confunduntur, si idem utriusque praedii dominus esse coeperit. *L.* 1. *D. Quemad. servit. amittant.*

Casus. Quidam Titius coepit esse dominus illius fundi cui servitus debebatur, et etiam servientis; quaeritur an servitutes confunduntur, et extinguantur? et resp. quod sic confunduntur; idest confusione quadam amittuntur. *Vivianus.*

Se il proprietario del fondo dominante acquista una parte del fondo serviente, la servitù si ha per estinta? Cujacio sostiene la negativa.

» Ut intelligatur haec lex notandum est, confusione dominii servitutem extingui, id est, si utriusque praedii idem dominus esse coeperit. *L.* 1. *quamod. serv. amit.* Cujus sententiae ratio haec est; quia nemini res sua servire potest. Hoc autem ita verum est, si quis totum fundum servientem acquisierit. Quid autem fiet, si partem acquisierit? retinebitur non confundetur; quia necesse est totum fundum adquiri: servitus tamen pro parte adquiri non potest, retineri potest. *L. ut pomum* 6. §. *ult. de servit.* Hoc igitur casu fiet: ut communis fundus serviat fundo proprio vel ex contrario, ut fundus proprius serviat fundo communi *L. si communi* 27. *de serv. rust. praed.* Deinde quaeritur quid juris sit, si quis acquisierit usumfructum fundi servientis, an confundetur servitus? Et satis liquet non confundi servitutem acquisitione ususfructus, quia fructuarius non est dominus. Ergo summa haec est: solidi dominii acquisitione non confunditur servitus, nec ususfructus quoque acquisitione: partis adquisitione non confunditur, ut heic. Hoc totum estenditur in hac lege. *Cujacii Com. in tit.* 2. *de serv. praed. urb. ad L.* 3. §. *Si partem praedii.*

» § 68. La servitù è estinta col non uso » pel corso di trent'anni. *Art.* 627. *Leg. civ.*

Osserva Delvincourt, che la servitù si estingue pel corso di trent'anni » quando anche il non uso non venisse dal fatto del proprietario; se per esempio un usufruttuario ha goduto quarant'anni di un terreno, e che abbia trascurato nel corso di trent'anni solamente di far uso di una servitù, questa rimane prescritta, salvo il ricorso del proprietario contro di lui per farsi indennizzare (argomento dedotto dagli art. 614 (1539) e 1438 (1399). Del pari poco importa qual sia la persona che ne abbia usato; purchè il dritto sia stato esercitato, ciò basta per impedire la prescizione. Se però lo fos-

se stato da un comproprietario, bisognerebbe distinguere. S'egli fosse comproprietario *per indiviso*, usando, ei conserva i dritti degli altri tutti. Ma se il fondo fosse stato diviso, l'uso di uno de' comproprietarj non conserverebbe la servitù che per la sua porzione. *Art.* 709. (1530.)

» Ma si rifletta, che l'intervallo di trent'anni per liberarsi dalla servitù per mezzo della prescrizione non è richiesto, che quando il fondo serviente è rimasto nelle mani di quello che ha acconsentito alla servitù, o ai suoi eredi, poichè se è passato nelle mani di un terzo, la servitù debb' essere prescritta collo stesso intervallo di tempo che sarebbe sufficiente ad acquistar la proprietà, vale a dire con trent' anni, se il terzo non ha nè titolo, nè buona fede; e con dieci, o venti anni, s' egli ha l' uno e l' altra. Il motivo della differenza si è, che rispetto a colui che ha consentito alla servitù, o de' suoi eredi, è questa una prescrizione ad oggetto di liberarsi, per la quale ordinariamente fa d' uopo di trent' anni; mentre rispetto al terzo, è una prescrizione ad oggetto di acquistare, per la quale bastano dieci, o venti anni con titolo e buona fede. Ed in fatti, sulle prime egli è certo che in quest' ultimo caso non vi può essere quistione della prescrizione ad oggetto di liberarsi; poichè il terzo non ha contratto alcuna obbligazione verso il proprietario del fondo dominante. In secondo luogo, la servitù, come abbiamo detto, è uno smembramento della proprietà; dunque quando io compro un fondo gravato da una servitù compro la proprietà del fondo meno la porzione di questa proprietà che costituisce la servitù; dunque quando io lo compro come libero, son riputato comprare *a non domino* questa porzione di proprietà; per diventarne dunque proprietario, io non ho bisogno che della prescrizione necessaria ad acquistare.

» Si può del rimanente fondare questa distinzione sull'articolo 2180 (2074) il quale stabilisce, che la prescrizione dell'ipoteca si acquista dal terzo detentore col tempo fissato per la prescrizione della proprietà, mentre che rispetto al debitore personale, e per li beni esistenti in sua mano, la prescrizione dell' ipoteca non si acquista che col tempo fissato per la prescrizione del credito, che produce l'ipoteca. Il debitore ha bisogno della prescrizione per liberarsi; e 'l terzo solo di quella per acquistare.

» *Quid* se dopo un uso di trent' anni il proprietario del fondo dominante esercita di nuovo il suo dritto, rinascerebbe la servitù? Il motivo di dubitare si deduce dal perchè questa si estinse colla prescrizione; è questa dunque una nuova servitù che non può essere stabilita che con titolo, o con prescrizione, purchè ancora in quest' ultimo caso essa fosse continua e apparente. Ma si può rispondere, che la prescrizione non sia un mezzo di acquistare, o di liberarsi di pieno dritto che nel senso in cui dall'istante che essa viene invocata od opposta, deve sempre ottenere il suo effetto sia riguardo all'acquisto, sia riguardo alla liberazione. Fa d'uopo adunque che almeno essa venga opposta od invocata. Ma da un'altra parte, può accadere che colui che l' invoca o l' oppone, sia suscettibile di essere respinto da una eccezione d'inamisibilità; come se dopo la prescrizione acquistata, egli abbia riconosciuto il dritto del suo avversario. E ciò formalmente risulta dagli articoli 2221 (2127) e 2224 (2130) Non resterà dunque altro in questo caso, che a decidere una semplice questione di fatto; cioè, se l'esercizio della servitù, dopo il compimento della prescrizione sia stato tale, che debba dedursene dalla parte del proprietario del fondo serviente una rinunzia al dritto che aveva acquistato. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 3. *nota* 153 *al tit.* 4.

Inoltre Toullier più estesamente sviluppa i principj che riguardano la estinzione della servitù pel non uso o per la prescrizione.

» La prescrizione, ei dice, che tende alla liberazione delle servitù, è più agevole di quella che tende ad acquistarle. Il Codice non ha fatto, relativamente alla loro liberazione, distinzione alcuna fra le servitù continue apparenti, e le servitù discontinue e non apparenti: tutte, senza eccezione, si estinguono *col non uso*. Art. 706 (627).

»La differenza che esiste fra di esse, a questo riguardo, è relativa all' epoca in cui la prescrizione deve cominciare, epoca che va-

ria secondo le diverse specie di servitù, come che noi ben presto vredremo.

» Il tempo necessario per operare la liberazione delle servitù col non uso è lo stesso che quello pel loro acquisto colla prescrizione, vale a dire di trent'anni. Art. 706 (627).

» L'articolo 25 della legge degli 11 brumale anno VII, sulle spropriazioni forzate, volea che » i dritti di passaggio, i dritti di veduta, e le altre servitù prediali occulte, anche quelle apparenti, il di cui esercizio non è continuo » fossero prescritti con dieci anni, se, nel caso di una spropriazione forzata del fondo serviente, questi dritti non fossero stati riservati nello stato de' pesi dell'aggiudicazione.

» In molte consuetudini che rigettavano l'acquisto delle servitù colla prescrizione, si ammetteva nondimeno che l' acquirente di un fondo gravato di servitù, ne acquistava la liberazione coll' elasso di dieci anni, qualora non gli fossero state manifestate le servitù, e che l'esercizio fosse cessato durante un tal tempo.

» Ma l'art. 2264 (2170) del Codice porta, che le regole della prescrizione sopra gli altri oggetti diversi da quelli indicati nel titolo 20 del lib. 3, sono spiegate ne' loro luoghi particolari. Ora al titolo delle servitù il Codice non parla che di prescrizione di trent' anni, sia per l'acquisto, sia per la liberazione delle servitù; non si può dunque in questa materia invocare altra psescrizione che quella di trent' anni.

» L' estinzione delle servitù col non uso è fondata sull'abbandono presunto del proprio dritto dalla parte di colui al quale è dovuto.

» Se il non uso dipende dal proprio fatto, o dalla propria negligenza; se egli ha cessato di usare del suo dritto nel corso di sì lungo tempo senza essere stato impedito da verun ostacolo che non fosse stato nel suo potere di far cessare; è ragionevole il presumere che abbia egli rinunziato al suo dritto, essendo specialmente avvertito dalla legge intorno alle conseguenze della sua negligenza.

» Ma se il non uso dipenda da una forza maggiore, da un' ostacolo, o da un fatto, che egli non ha potuto prevenire o far cessare, non è da imputarglisi più a fallo o a negligenza: non si può ragionevolmente presumere che abbia egli rinunziato ad un dritto che era nella impossibilità di esercitare.

» Per questi motivi di giustizia naturale, secondo le disposizioni del dritto romano, se l'uso della servitù è stato soppresso senza il fatto di colui a cui è dovuta, per un ostacolo che egli non ha potuto prevedere e non ha potuto far cessare, essa è ristabilita dal momento in cui le cose sono rimesse nella stato primiero, sebbene d' altronde il tempo intermedio sia stato assai lungo per operare l'estinzione.

» Un autore di gran peso (Maleville) ha pensato che il Codice civile abbia derogato a questo principio sì giusto e ragionevole. Egli ha creduto che malgrado l' impossibilità di usare della servitù, il tempo della prescrizione corre mentre dura l' ostacolo che ne impedisce l' uso.

» Noi oseremo proporre i nostri dubbj contro questa opinione, che non ci sembra risultare dalle disposizioni del Codice.

L' art. 706 (627) dice che » la servitù è estinta col non uso pel corso di trent'anni ».

» L' art. 703 (627) che » le servitù cessano quando le cose si trovano in uno stato tale, che non se ne possa più far uso ».

» L' art. 704 (625), che esse » tornano ad aver luogo se le cose sono ristabilite in modo da poterne usare; purchè non sia trascorso uno spazio di tempo bastante *a far presumere estinta la servitù*; siccome è detto nell' articolo 707 (628) ».

» L' art. 707 (628), che » i trent' anni cominciano a decorrere secondo le diverse specie di servitù o dal giorno in cui si è cessato dall' usarne, se si tratti di servitù discontinue, o dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù, se trattisi di servitù continue ».

» Finalmente l'art. 665 (586) dice eziandio che, » ricostruendosi una casa, si ritengono le servitù attive e passive riguardo alla nuova casa . . . purchè la ricostruzione siegua prima che sia acquistata la prescrizione ».

» A noi sembra evidente che in niuna di queste disposizioni si sia derogato alle regole generali sulla interruzione, o sulla sospen-

sione delle prescrizioni: esse sono al contrario rammentate implicitamente nell' art. 707 (628) che esige per l'estinzione della servitù, un tempo sufficiente *per farla presumere*.

»Certo, se il proprietario del fondo dominante trascura di usare della servitù, senza che niuna cosa si opponga all' esercizio del suo drittto, o se l' ostacolo che glielo impedisce è di natura tale ch' è in suo potere di farlo cessare, sia col suo proprio fatto, per esempio ricostruendo la sua casa alla quale la servitù era dovuta, sia per via giuridica, facendo ordinare la demolizione delle opere che si oppongono al suo esercizio; in tutti questi casi, che sono i più ordinarj, è ragionevole presumere che il proprietario abbia rinunziato al suo dritto. In effetti si trovano riunite le due condizioni richieste per la prescrizione.

»Abdicazione presunta di un dritto che si è trascurato di esercitare, sebbene vi fosse la libertà di farlo. Possesso continuo di libertà per parte del proprietario del fondo serviente su del quale si è cessato di esercitare la servitù.

»Così il possesso deve correre senza interruzione, secondo l' art. 707 (628), dal giorno in cui si è cessato dall' usarne se si tratti di servitù discontinue, come i dritti di passaggio, di attigner acqua, di pascolare ecc.

»Ovvero dal giorno in cui si è fatto un atto contrario alla servitù, se trattasi di servitù continue, come quelle di stillicidio, di prospetto, la proibizione di fabbricare, o non fabbricare se non ad una certa altezza.

L' art. 707 (628) non esige neppure che l' atto contrario alla servitù sia stato fatto dal proprietario del fondo serviente, qualora questo fondo sia chiaramente costituito nel possesso di libertà. Per esempio, se il proprietario dell' edifizio dominante ha fatto sopprimere le grondaje che conducevano l' acqua sul fondo vicino, e ne ha stabilito delle altre che la fanno scolare sul fondo proprio: se ha fatte sopprimere le finestre in modo che non vi restino vestigj capaci a ritenere il possesso, ecc., allora il fondo vicino è costituito in istato di libertà, e la prescrizione comincia a correre dal giorno in cui sono state terminate queste opere.

»Ma se il proprietario del fondo dominante è impedito di usare della servitù da un ostacolo ch' egli non ha potuto prevenire nè far cessare, non vi è più abdicazione presunta dalla sua parte, nè possesso di libertà dalla parte del proprietario del fondo serviente; così la prescrizione non può correre, nè operarsi.

»Per esempio, se la sorgente in cui io ho il dritto di attigner acqua viene a diseccarsi, il dritto cessa; ma se essa rinasce, sebbene dopo il tempo richiesto per la prescrizione, *post constitutum tempus*, le leggi romane decidono che la servitù rivive, perchè non vi è stata dalla mia parte nè fallo nè negligenza, e che non si può imputarmi di non aver io usato della servitù, mentre l' esercizio ne era impossibile.

»Non può dirsi neppure che il proprietario della sorgente sia stato nel possesso di libertà, giacchè egli è stato privato del suo dritto di proprietà, come lo sono stato io del mio dritto di servitù.

»Mettiamo ancora il caso in cui la servitù sia cessata perchè il fondo serviente è stato inondato dal mare; se le onde si ritirano dopo il tempo fissato per la prescrizione, le leggi romane volevano che la servitù fosse ristabilita, per la ragione che la proprietà si era perduta colla inondazione del pari che la servitù, e che se la proprietà è ristabilita col ritirarsi delle acque, la servitù deve essere parimenti ristabilita.

»Nel caso della inondazione, come in quello in cui la sorgente si è diseccata, non vi è nè possesso di libertà dalla parte del proprietario del fondo serviente, nè presunzione di abdicazione del dritto col non uso, giacchè il proprietario era nelle impossibilità di esercitarlo.

»Non si vede nel Codice civile alcuna disposizione contraria a decisioni sì sagge. L' art. 704 (625) dice soltanto, che la servitù la quale ha cessato, perchè le cose si trovavano in uno stato tale che non si potea far più uso del dritto, non rivive, se le cose sono ristabilite nello stato primitivo dopo il tempo sufficiente a far *presumere* estinta la servitù, o come dice l'art. 665 (586), dopo che si sia acquistata la prescrizione.

»Ma quando l'estinzione è presunta, quando è sospesa la prescrizione? Ecco una quistione che non hanno trattata gli articoli 665, 704 e 707 (586, 625 e 628), perchè appartiene alla materia delle prescrizioni: perciocchè ai principj generali su questa materia bisogna ricorrere per deciderla.

»A noi sembra dunque che il Codice non ha cambiato cosa alcuna alla dottrina de' romani giureconsulti, e che bisogna con essi fissare per principio, che il tempo richiesto per operare la liberazione delle servitù colla prescrizione, non corre affatto, quando il non uso dipenda da un ostacolo che il proprietario del fondo dominante non abbia potuto nè prevenire, nè far cessare, per cui non si può ad esso imputare.

»L'applicazione di questo principio scioglie tutte le difficoltà. Se, per esempio, l'edifizio serviente viene a crollare, se è incendiato, o demolito, il proprietario non può, ricostruendolo dopo trent' anni, nuocere alle servitù esistenti prima che fosse distrutto perchè non era in potere di colui a cui erano dovute le servitù di obbligarlo a ristabilire l'edifizio prima dei trent' anni, e non si può dire che il proprietario della casa distrutta fu nel possesso di libertà mentre essa non più esisteva.

»Al contrario, se mentre che la casa dominante è stata demolita, la casa gravata della servitù *altius non tollendi* è stata innalzata e che è rimasta per trent' anni in questo stato; ricostruendo la casa demolita, il proprietario non può più reclamare le servitù, perchè era in suo potere di non lasciarla perdere col non uso, ricostruendo la propria casa prima dei trent' anni.

»Se fra le due case esiste un fondo libero intermedio, sul quale si costruisce un edifizio più levato, la servitù cessa, ed il proprietario della casa serviente può innalzarla senza che colui al quale la servitù è dovuta possa impedirlo, perchè non vi ha più interesse.

» Se la casa intermedia viene distrutta prima di trent' anni, la servitù è ristabilita; il proprietario della casa serviente deve imputare a se stesso di aver imprudentemente innalzata la sua casa.

» Se, al contrario, sono trascorsi trent' anni prima della demolizione dell' edifizio intermedio, la servitù è estinta colla prescrizione; il proprietario della casa dominante è nel fallo di non aver acquistata la stessa servitù sul fondo intermedio, o di aver acquistata una servitù che suo mal grado un terzo potea far cessare: è questo un fatto che egli potea prevedere e che dee imputar a se stesso. Così questa decisione deriva ancora dal principio qui sopra stabilito.

»Nel rarissimo caso in cui in forza del titolo costitutivo di una servitù discontinua, essa non può essere esercitata che ad epoche determinate, per esempio, una volta in ogni settimana, in ogni mese, in ogni anno, al tempo della mietitura, o della vendemmia, per due anni, per cinque anni, ecc., le leggi romane volevano che la servitù non potesse estinguersi col non uso, se non duplicando il tempo della prescrizione.

»I nostri autori francesi non erano di accordo sul punto di sapere se bisognava adottare questa decisione. Quistione di tal natura diviene inutile presentemente colla disposizione del Codice, che fissa a trent' anni, senza alcuna distinzione delle servitù col non uso.

»Il modo della servitù può esser prescritto come la servitù medesima, e nella stessa maniera. Art. 708 (629).

»Il modo della servitù è la maniera di usarne, prescritta dal titolo costitutivo. Per esempio, per riguardo ad una servitù di passaggio, il modo di passare a piedi soltanto, o a cavallo, o con vettura, ecc., di passarvi di giorno, o di notte, alla tale ora, e non ad altra, ecc.

»La prescrittibilità del modo delle servitù è un principio secondo che si applica all' acquisto come alla estinzione delle servitù, distinguendo nondimeno per riguardo all' acquisto tra le servitù continue ed apparenti, che possono acquistarsi senza titolo; colla prescrizione, e le altre servitù che non possono acquistarsi col solo possesso, anche immemorabile.

»Il vero senso dell' articolo è dunque che tutte le servitù, di qualunque specie siano o continue, o discontinue, possono essere di-

minuite colla prescrizione. E che le sole servitù continue ed apparenti possono essere accresciute con questo mezzo.

»Se io ho goduto un dritto più esteso di quello che mi accordava il mio titolo, se ho fatto più di quello che mi si permetteva, io, in ogni caso, ho conservato il dritto; il meno è compreso nel più.

»Ma io non ho prescritto l'accessorio, e posso sempre essere obbligato a ridurre l'uso della servitù conformemente al titolo, eccetto che non trattasi di una servitù continua ed apparente prescrittibile *senza* titolo.

»Se io ho goduto di un dritto meno esteso di quello del mio titolo, la servitù di qualunque natura sia, è ridotta a ciò che si è conservato col possesso, durante il tempo sufficiente per prescrivere.

» Se io ho usato della servitù in un modo contrario al mio titolo, e che non è compreso nella maniera che esso prescriva, io ho perduto la servitù che mi era stata accordata, senza aver acquistato colla prescrizione il modo di usare contrario al mio titolo, eccetto che non trattisi di una servitù continua ed apparente: poichè non ho fatto soltanto più di quello che il mio titolo mi permetteva, io ho fatto un'altra cosa: ora è ben differente il far più, ed il fare altra cosa.

»Finalmente in virtù del medesimo principio, se io ho usato di altra servitù diversa da quella che mi era stata accordata, senza usare di questa, io l'ho perduta col non uso di trent'anni, senza acquistare quella di cui ho usato, se questa è una servitù discontinua o non apparente.

»Questi principj si rendono più chiari cogli esempj. Tizio mi ha concesso il dritto di formare due finestre di sei piedi di altezza sopra il giardino, io ne ho aperta una sola di quattro piedi, dopo trent' anni il di più del dritto è prescritto col non uso in favore di Tizio.

» Al contrario egli mi avea accordato il dritto di aprire una sola finestra di quattro piedi; io ne ho aperte due di sei piedi di altezza; io ho prescritto il di più del dritto col possesso non interrotto di trent'anni, perchè trattasi di una servitù continua ed apparente, prescrittibile senza titolo.

Io avea sul muro di Tizio, lungo cento metri, la servitù *altius non tollendi*: egli ha innalzato il suo muro nella estensione di cinquanta metri. Dopo trent'anni egli ha prescritto contro la servitù, ma per la parte del muro soltanto, che è stata innalzata: il di più resta gravato, perchè non vi è possesso di libertà se non per cinquanta metri. La parte stessa del muro che è stata elevata, non può esserlo di vantaggio: per esempio, se è stata innalzata di un metro, non può essere innalzata di un secondo metro. *Tantum praescriptum quantum possessum*.

»Tizio mi avea accordato il dritto di passare sul suo campo, ma soltanto a piedi. Io son passato a cavallo ed in vettura pel corso di trent'anni: il mio dritto di passaggio a piedi si è conservato, perchè il passaggio a piedi è contenuto nel passaggio a cavallo; ma io non ho prescritto il dritto di passare a cavallo, ed in vettura, perchè questa è una servitù discontinua non prescrittibile col solo possesso senza titolo.

»Se trovandosi due sorgenti nel tuo fondo, tu mi hai accordato il dritto di attigner acqua alla sorgente A, ed io la ho attinta durante trent'anni alla sorgente B, io ho perduto il dritto di attignere alla sorgente A senza aver acquistato il dritto alla sorgente B. Se il mio titolo mi accorda il dritto di attigner acqua la notte soltanto, ed io la ho attinta di giorno, il mio dritto è prescritto; nè ho acquistato quello di attignerla durante il giorno perchè trattasi di una servitù discontinua.

»È lo stesso nella specie inversa, se il titolo accorda il dritto durante il giorno, e che se ne sia fatto uso durante la notte.

»Ma in vece del dritto di attigner l'acqua se si trattasse di un'acquedotto, o di un'altra servitù continua apparente, perdendo il dritto limitato dal mio titolo, io ne avrò acquistato un altro col possesso di trent'anni.

»Se colui che avea un dritto di attigner acqua si fosse limitato al passaggio che n'è l'accessorio, avrà perduto il suo dritto.

» Se la servitù non è limitata dal titolo, e come noi lo abbiam detto di sopra questa, limitazione non si presume, l'uso che se ne sarà fatto durante la notte conserverà il drit-

to di usarne durante il giorno, perchè un solo atto di esercizio della servitù, la conserva tutta intiera, indefinita, e non limitata, e tale come essa era: giacchè secondo l'art. 797 (628) solo dal giorno dell' ultimo atto di godimento corre la prescrizione della servitù.

» Ma se l'uso della servitù, durante la notte soltanto, fosse stato accordato con una prima concessione, e che con una seconda fosse accordato durante il giorno, queste due servitù, delle quali una potrebbe perdersi col non uso durante trent' anni, sebbene l' altra si fosse conservata.

»Questa differenza fra le servitù limitate dal titolo, e quelle che non lo sono, può sembrare sottigliezza: ma essa è vera, perchè fondata sulla ragione, e deriva da ciò che colui il quale ha, per esempio, in forza del suo titolo un dritto di passaggio limitato alla notte, non fa uso del suo dritto quando passa durante il giorno, egli non fa che un atto precario, un atto fondato sulla tolleranza, e che il proprietario del fondo serviente può impedire; invece che colui che ha un dritto di servitù illimitata, a qualunque ora passi, fa sempre uso del suo dritto, e per conseguenza non è esposto a perderlo.

»Le sottigliezze sono necessarie in giurisprudenza, quando consistono a distinguere le specie realmente differenti, sebbene le differenze esigano attenzione per essere ravvisate.

» Se due persone che avessero sullo stesso fondo un dritto di servitù limitato, per goderne l' uno il giorno, l' altro la notte, si fossero convenute di cambiare le loro ore, in modo che quegli che avea il dritto di usarne durante il giorno ne usasse durante la notte, e *vice versa*, queste due persone conservano i loro dritti l' una per l' altra.

» Poichè non è necessario di usare per se medesimo onde conservare le servitù; esse si conservano coll'uso che se ne fa per mezzo degli amici, de' fittajuoli, degli operaj, dell' usufruttuario del fondo dominante, in una parola, per chiunque ne usi come di una cosa dovuta, fosse anche possessore di mala fede.

» Con più forte ragione uno dei comproprietarj per indiviso conserva la servitù, esercitandola da se solo, 709 (630); poichè è riputato esercitarla per tutti: d' altronde la servitù è dovuta a totto il fondo, ed a ciascuna parte del fondo. Or mentre che la comunione sussiste, non può indicarsi alcuna parte del fondo, che non appartenga a ciascuno de' comproprietarj; essi hanno *totum in toto, et totum in qualibet parte*.

» Ne risulta che se fra i comproprietarj se ne trova uno, per esempio, un minore contro di cui non può correre la prescrizione, egli avrà conservato il dritto per tutti gli altri.

» Qualora i fondi servienti o dominanti cambiano di proprietario, sia a titolo particolare, sia a titolo universale, il tempo della prescrizione che era corso contro il primo proprietario, sia per l' acquisto, sia per la liberazione della servitù, si unisce al tempo che è corso contro i suoi, successori. Art. 2235 (2141).

»Bisogna osservare che le servitù non si estinguono colla prescrizione, mentre sussistono vestigj di opere stabilite per usarne. Questi vestigj conservano il dritto, secondo la massima: *signum retinet signatum*.

»Io avea dritto di appoggiare la mia trave sul tuo muro, io l' ho tolta: conservo il mio dritto mentre sussiste il forame ove era collocata, e la prescrizione non correrà contro di me se non dal giorno in cui quel forame sarà stato chiuso.

» Così, una finestra, un aquedotto, conservano il dritto di servitù, sebbene non se ne usi affatto.

»Una porta praticata per esercitare un dritto di passaggio ne conserva il dritto, sebbene l' apertura di una porta non fosse sufficiente per istabilire la servitù colla destinazione del padre di famiglia, poichè la conservazione di una servitù stabilita con un titolo è molto più da valutarsi dello stabilimento della servitù. *Toullier. Corso di dritto civ. Tomo* 3. *n.* 687 *a* 709.

» §. 69. I trent'anni cominciano a decor-
» rere, secondo le diverse specie di servitù,
» o dal giorno in cui si è cessato dall' usar-
» ne, se si tratti di servitù discontinua, o
» dal giorno in cui si è fatto un atto con-
» trario alla servitù, se trattasi di servitù
» continue. *Art.* 628. *Leg. civ.*

Vediamo anche ammessa da Cajo la distinzione delle servitù che si perdono col semplicemente non usarle da quelle che si perdono anche col non usarle accompagnate dal fatto per parte del padrone del fondo serviente.

» Haec autem jura similiter ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt, nisi quod haec dissimilitudo est, quae non omnimodo pereunt non utendo; sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas prefixas habuero vel obstruxero: ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immisi aedes tuae servitutem debeant, et ego exemero tignum: ita demum amitto jus meum si tu foramen unde exemptum est tignum obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris: alioquin si nihil novi feceris integrum jus meum permanet. *L.* 5. *D. de servit. urb. praed.*

Casus. Primo ponit regulam quod tam urbanae quam resticae servitutes non utendo amittuntur. Secundo quod plus est necesse in amissione urbanae quam rusticae, quia in rustica sufficit me non uti, in urbana autem et me non uti, et te possidentem usucapere libertatem. Et de hoc ponit duo exempla. Primum quod si debes mihi servitutem, ne aedes tuas altius tollas, ne luminibus meis noceas, licet ego fenestras meas a parte domus tuae obstructas habeo per longum tempus, et sic non sum usus servitute; tamen non amitto servitutem, nisi tu aedes, quae mihi servitutem debent altius elevaveris. Secundo ponit exemplum ut in texto ibi item si tigni; et clarum est jam quod dixit, si aedes tuas altius sublevaveris, non ita est si arborem posuisti tantum; nam non ideo videris uti libertate propter motam naturalem arboris. *Accursius.*

Cujacio discute partitamente il caso del vicino opponente alla servitù, onde aversi un punto da fissare il tempo della prescrizione.

» Quaero, quando vicinus dicatur invitus? Duobus modis dicitur quis invitus. Primo is qui contradicit: deinde is qui nescit, vel qui tacet, et patiatur. Id Seneca indicat *lib.* 3. *de benef. cap.* 7. Quaestionis est, quemadmodum invitum accipiamus in hac servitute? Ut hoc intelligatur notandum est, differentiam facere jurisconsultum inter velle, non velle, nolle, et non nolle. Velle, est clara voce dicere, *volo*: nolle ego *nolo*: non velle est *pati* et non nolle est non dicere *ego nolo.* Ergo multum interest inter velle, et non nolle: quia non nolle est tacere, inter non velle, et nolle. Propterea is qui tacet, et patitur non dicitur velle, *L. qui tacet* 142 *de reg. jur.* Ex hac differentia verborum manarunt duae juris regulae: prima est *ejus est non nolle, qui potest velle* idest, qui potest velle, potest pati *L. ejus* 3. *de reg. jur. L.* 1. §. *scientiam, de trib. act.* qui potest velle, potest et non nolle. In plerisque locis patientia domini sufficit, ut in tributoria actione. Altera regula haec est: *ejus est non velle qui potest nolle.* Quae regula proponitur in hac lege. Summa harum regularum haec est: is qui potest velle aut nolle pati etiam potest: e contrario etiam, qui non potest velle, aut nolle, pati etiam non intelligitur. Ponatur exemplum in pupillo, qui velle non creditur propter infirmitatem aetatis, nec nolle quoque *L. pupillus* 189 *de reg. jur.* Pupillus etiam pati non intelligitur. *L. in eo* 110. §. *pupillus, de reg. jur.* Quaedam sunt negotia in quibus exigimus velle, nec sufficit pati, id est, tacere. In his negotiis taciturnitas dissensum imitatur, id est, in istis qui tacet, dissentire videtur; quia in iis exigimus velle. Denique hoc totum sic concludi potest in his negotiis invitus is dicitur non tantum qui propalam contradicit, sed etiam is qui tacet. Horum negotiorum exempla sunt in *L. filiusf.* 8. §. *invitus, de procurat. etc.* Inde colligitur in hac quaestione infantes, ignorantes, furiosos etc. invitos esse dicendos, quia hi dicere non possunt, ego volo. Non enim ad factum, sed ad jus servitutis haec verba referuntur. Videamus nunc quae et qualia haec verba sint: verba haec sunt: *Ne jus sit vicino nobis invitis altius tollere ut L.* 44. *tit. Haec verba* inquit *non referuntur ad jus servitutis*; hoc est, haec verba hoc significant, jus non esse altius tollere, nisi vicinus

cesserit vicino jus aedes suas altius tollendi. Summa haec est, id exigimus, ut vicinus concedat jus tollendi altius nominatim. Quaedam vero sunt negotia ab istis diversa, in quibus non exigimus velle, sed sufficit pati, et tacere, id est, non nolle, et in his taciturnitas pro consensu habetur. In his negotiis invitus dicitur is qui dicit, *ego nolo*: nam si hoc non dicat, velle creditur, et consentire. In servitutibus vero taciturnitas accipitur pro dissensu, qui non consentit, contradicere ut in hac lege. *Cujacii Com. in tit.* 2. *de ser. urb. praed ad L.* 5.

Per conciliare intanto l'articolo in esame col precedente articolo 525 (§.63) è mestieri con Maleville » distinguere le servitù continue che consistono in un dritto proibitivo, come sarebbe quello d' impedire la erezione o l'abbassamento di un muro che offenda il nostro prospetto o la nostra luce, e le servitù che esigono qualche fatto per parte del proprietario dominante, come se questi abbia un acquedotto onde trasportare nel suo terreno le acque del vicino, una trave che appoggi sul muro del medesimo, le finestre, o i forami, che mettano sul fondo altrui. È incontrastabile, che le prime durano eternamente, vale a dire sino a che un fatto contrario non le distrugga; ma le seconde non solo han fine per la opposizione del proprietario sottoposto al dritto, ma eziandio per la inabilità a cui si riducessero i luoghi da non potersi più adattare alla servitù cui erano soggetti. Quindi se io non ho più acquedotto che mi conduca le acque, se io non ho più casa che abbia forami, e finestre sul fondo altrui, se io non ho travi, che siano conficcate sul muro vicino, la prescrizione incomincia dal giorno della mancanza di tali cose.

» È lo stesso se il fondo serviente sia ridotto in modo da non poter più soffrire la servitù. Debbo ascrivere a mia colpa se l'ho lasciato rovinare in cotal guisa, e se non ho costretto il padrone a ripararlo. Nondimeno, se nel mio edificio vi fossero dei segni caratteristici del mio dritto, come le pietre addentellate per costruire una volta, o altro, allora malgrado la rovina dell' edificio soggetto, avrei già dimostrato di voler conservare il mio dritto cui il proprietario del fondo soggetto doveva opporsi. *Maleville. Osservazione all'art. 707. del cod. civ.*

» §. 70. Il modo della servitù può prescri-
» versi come la servitù medesima, e nella
» stessa maniera *Art.* 629. *Leg. civ.*

Vedi §. 49.

» Questa disposizione, si riflette con Pardessus, debb'essere applicata con discernimento. Una servitù può esser composta di molti fatti indipendenti gli uni dagli altri. Si può per es. avere il dritto di passare sopra un fondo o a piedi, o a cavallo, o con carretta, o di queste diverse maniere insieme. Talora una servitù, sebbene consistente in un sol fatto può avere molti oggetti distinti: per es. quella di una sola specie di passaggio può aver luogo per trasportare diverse sorti di raccolte. Se pendente il tempo fissato per la prescrizione nel primo di questi esempj, non si è passato che a piedi, senz'aver mai esercitato li due altri dritti, o uno di essi, nel caso del secondo esempio non si è trasportata che solo la tale o tale ricolta, la servitù, è ristretta, il modo n'è prescritto. Non si può conservare che quello di cui si è usato.

» Spesso un dritto unico si divide in più atti: si può aver ragione di passare giorno e notte presso il suo vicino, e tuttavia non esservi passato che nel giorno durante trent'anni: in questo caso la servitù si riduce al solo passaggio del giorno.

» Finalmente una servitù, sebbene non consiste che in un fatto, in un modo solo di esercizio, ed anche non avendo che un solo oggetto può avere un fine di utilità suscettibile di divisione. Così la proibizione d'innalzare un muro ha per scopo la utilità di un fondo di cui la superficie è composta di punti diversi: l'alzamento del muro innanzi ad uno di questi, se è esistito per trent' anni produrrà la liberazione per quella porzione alzata, senza liberare le altre.

» Ma se si tratta di una servitù consistente in un sol fatto non suscettibile di divisione, nè pei differenti modi del suo esercizio, nè pel suo oggetto, nè per la sua utilità, come sarebbe un passaggio per un sol punto, per andare da un luogo vicino, e non farvi, che un atto determinato, la ineguaglianza ne periodi di questo passaggio, la varietà de'

punti su de' quali si sarà esercitato, non possono essere considerate come un modo di esercizio che serve a stabilire qualche limitazione, e su di cui si possa fondare la prescrizione del modo della servitù. *Pardessus. Trat. della servitù n.* 305.

» §. 71. Se il fondo dominante appartiene » a più persone in comune, l'uso fattone da » alcuna di esse impedisce la prescrizione riguardo a tutte *Art.* 630. *Leg. civ.*

È massima dettata da Paolo che nelle cose individue alcuno ritiene per se, e pel suo socio quello che non può solo ritenere per se.

» Si comunem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur, t men propter pupillum, et ego (*quia individuum est*, *ideoque aut tota retinetur*, *aut tota amittitur*) viam retineo. *L.* 10. *D. Quemadmodum servit.*

Cujacio osserva su questa legge la differenza che passa tra il socio, e 'l pupillo nell' uso di una servitù.

» Sciendum est, servitutem usurpari per socium, qui ea utitur; nam ea utendo, toti fundo proficit, non sibi tantum. Notandum est ex hac lege idem esse non nunquam, etiamsi nullus socius servitute utatur, videlicet si unus ex sociis sit ejus conditionis, ut nihil possit amittere non utendo, vel usucapione ut puta si pupillus sit: Per pupillum non utentem tota servitus retinetur: ergo pupilli res non potest usucapi, nec jus suum non utendo amittit, nec socius ejus. *Cujacii Com. in tit. Quemad. serv. amit. ad L.* 10.

Proculo però porge un esempio più preciso della servitù goduta da più individui in comune, da non perdersi dagli altri se avviene che alcuno la perda per fatto proprio. Tale è il caso di un rivo che scorrendo per più fondi dà il dritto ad ogni proprietario di avvalersi delle sue acque, senzacchè la mancanza di questo dritto per alcuno noccia all' altro.

» Aquam quae oriebatur in fundo vicini plures per eundem rivum jure ducere soliti sunt, ita ut suo quisque die a capite duceret, primo per eundem rivum, eumque communem; deinde ut quisque inferior erat, suo quisque proprio rivo (*ducebat acquam*), unus statuto tempore quo servitus amittitur, non duxit. Existimo eum jus ducendae aquae amisisse, nec per caeteros qui duxerunt jus, usurpatum esse proprium enim cujusque eorum jus fuit, neque per alium usurpari potuit. Quod si plurium fundo iter acquae debitum esset, per unum eorum omnibus iis inter quos is fundus communis fuisset, usurpari potuisset. Item vi quis eorum quibus aquaeductus servitus debebatur, et per eundem rivum aquam ducebant, jus aquae ducendae non ducendo eam amiserit, nihil juris eo nomine caeteris, qui rivo utebantur adcrevit; idque commodum ejus est, per cujus fundum id iter aquae est quod non utendo pro parte unius amissum est, libertate enim hujus partis (*respectu aliarum*; *sed tamen integrae remanent*) servitutis fruitur. *L.* 16. *D. Quemadmodum servit. amit.*

Casus. Tres eramus qui habebamus aquam ex fundo vicini; et quilibet ad suum praedium trahebat; quaeritur an si unus non utatur aliis utentibus, retineat servitutem? et responde quod non, sed amittit non utendo. Sed cui adcrescit? nunquid aliis sociis utentibus adcrescit? et responde quod non sed adcrescit domino praedii servientis. *Accurs.*

» §. 72. Se fra i compadroni vi è alcuno » contro cui non abbia potuto decorrere la » prescrizione, siccome un minore, conser- » verà questi il dritto di tutti gli altri. *Art.* » 631. *Leg. civ.*

» Questo riguarda la indivisibilità della servitù » osserva diligentemente Delvincourt » che non può perdersi, nè acquistarsi in parte. Ma è da riflettersi che per ciò fa d'uopo che il fondo sia indiviso. Che se fosse diviso, ciascheduna porzione sarebbe separatamente creditrice di tutta la servitù, e potrebbe in conseguenza perderla tutta intera colla prescrizione. Ma se il fondo è indiviso, non vi è alcuna porzione nella quale colui che ha goduto, oppure il minore, non vi abbia un dritto, ed alla quale per conseguenza non siasi conservata la servitù. Da qui nasce la massima, *minor relevat majorem in individuis.*

» Bisogna inoltre osservare, che ogni servitù è indivisibile *obligatione*, ammeno che non risulti il contrario dalla stipula.

» Io dico essere indivisibile *obligatione*, nel senso che essa è dovuta tutta intera da

ciascun erede del debitore, ed a ciascun erede del creditore della servitù, e che qualunque divisione soffrisse il fondo dominante, o il fondo serviente, la servitù è interamente dovuta a ciascuna porzione dell'altro, salvo ai diversi proprietarj del fondo dominante ad accordarsi per non aggravare la condizione del fondo serviente, e salvo ciò che si è detto nel fine della nota 147 (*Riportata nel* §. 67.)

» Ammeno che non risulti il contrario dalla natura della stipula. Poichè se per esempio siasi accordata la servitù di pascolo per cento bestie, è chiaro che se il fondo dominante venga ad essere diviso, tutti i proprietarj dovranno accordarsi per non mandare per conto di tutti più di cento bestie a pascolare.

» Parimenti, qualora siasi accordato il passaggio per tal parte del fondo serviente, e che venga in seguito ad esser diviso, non vi sono che le porzioni intersecate dalla strada prescritta pel passaggio che siano soggette alla servitù: le altre rimangono libere. Ma quì ciò non avviene per l'effetto di alcuna divisibilità della servitù, poichè sarebbe sempre indivisibile riguardo ai proprietarj del fondo dominante; ma perchè l'interesse essendo il mobile dell'azione, il proprietario dominante il quale gode del suo dritto di passaggio in tutta la sua estensione, non ha interesse ad agire contra i proprietarj delle altre porzioni del fondo serviente. Questo è così vero, che s'egli si trovasse avere interesse, potrebbe senza alcun dubbio agire contro di essi tutti. Se per esempio, oltre al dritto di passaggio, si fosse fin dal principio stipulato che il cammino sarebbe mantenuto a spese del proprietario serviente, e che colui nella porzione del quale è caduto il cammino, ricusi di mantenerlo, ed offra di cedere la sua parte, il proprietario dominante sarà tenuto a contentarsene? Noi abbiamo qui sopra deciso di no, ed abbiam dimostrato che la totalità del fondo essendo stata primitivamente destinata all'adempimento di questa obbligazione, articolo 199 (610.) la divisione di questo fondo non ha potuto pregiudicare al dritto del proprietario dominante, il quale potrà agire in conseguenza contro tutti i proprietarj, affinchè essi abbiano a mantenere il cammino, o a cedere le di loro porzioni.

» Riflettete ancora che la servitù benchè indivisibile *obligatione*, può esser divisibile *effectu*. In fatti niente sembra più indivisibile quanto la servitù *altius non tollendi*: ed intanto essa è divisibile *effectu*, poichè se io ho questa servitù su di un terreno di quaranta piedi di prospetto che il proprietario serviente abbia edificato su' venti, e che il suo edifizio sia rimasto nel medesimo stato, e senza reclamo alcuno da mia parte per trent' anni, egli avrà acquistato su' venti piedi solamente l'esenzione dalla servitù, la quale esisterà su i venti rimanenti in seguito della regola: *tantum praescriptum quantum possessum. Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 3. *nota* 157 *al tit.* 4.

SETTUAGENARIO §. 1. » È vietato » ordinarsi l'arresto.... 2.° contro i settuagenarj fuorchè nei casi indicati nell' articolo » 1934 n. 1.... *Art.* 2936. *Leg. civ.*

La eccezione al divieto dell'arresto del settuagenario, riguarda la vendita o la ipoteca di un immobile, sapendo non esserne proprietario. Riguarda ancora l'asserire come liberi i beni già soggetti ad ipoteche, o ad altre soggezioni, ovvero dichiarare ipoteche minori di quelle alle quali i beni sono soggetti.

L'altra eccezione al detto articolo è relativa gli affari commerciali. L'articolo 711 delle *leggi di eccezione per gli aff. di com.* dichiara espressamente che » i settuagenarj non godranno del beneficio loro accordato dalla legge. »

» §. 2. La pena de' ferri così ne' bagni, » che nel presidio, ancorchè ne sia cominciata la esecuzione, verrà sempre espiata » nella casa di reclusione da coloro, che abbiano compiuto l'anno settantesimo. *Art.* » 68. *Leg. pen.*

Il dritto romano avea benanche gli utili riguardi per l'uomo decrepito, allorchè questi si trovava a subire una pena. Modestino ne desume la dottrina dal prescritto di Pio.

» In metallum damnati si valetudine aut aetatis infirmitate inutiles operi faciendo deprehendantur, ex rescripto divi Pii a praeside dimitti poterunt: qui aestimabit de his dimittendis, si modo vel cognatos, vel affines habuerint (*qui pro eis impetrant*); et

non minus decem annis poena sua functi fuerint. *L.* 22. *D. de poenis.*

Casus. Titius damnatus est in metallum: nunc est effectus inutilis ad illud opus infirmitate ductus vel senectute: dicitur quod potest dimitti si aliquis pro eo hoc postulet, ut cognatus, vel affinis, et si in hac poena stetit per decem annos. »

» SOCIETA' §. 1. La società è un con-
» tratto col quale due o più persone conven-
» gono di mettere qualche cosa in comunio-
» ne, a fine di dividere il guadagno, che
» ne potrà risultare. *Art.* 1704. *Leg. civ.*

La definizione è di Ulpiano.

» Societas contrahitur, sive universorum bonorum, sive vectigalis, sive etiam rei unius. *L.* 5. *D. pro socio.*

» Questo contratto » osserva elegantemente Treillhard » può avere una infinità di cause particolari. Si forma la società per una compra, per una permuta, per una locazione, per una intrapresa, finalmente per ogni specie di affari. I socj adunque possono con questa qualità essere sottomessi a tutte le regole dei diversi contratti, secondo la causa che li ha riuniti.

» Tale è il carattere distintivo del contratto di società. Gli altri contratti hanno alcune obbligazioni limitate, e regolate dalla di loro natura particolare: il contratto di società però ha una estensione molto più vasta; poichè può comprendere nel suo oggetto tutte le obbligazioni, e tutte le convenzioni. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 78.

Gl' imperatori Diocleziano, e Massimiano dichiararono anche tacitamente contratta la soscietà da quelli che comprano un fondo in comune, e ne sopportano il peso.

» Cum proponas te praedium conjuncto dominio (*idest tali animo ut in eo socii sitis*) patrono tuo comparasse, in possessionemque tam te quam ipsum inductum; juris ratio efficit, ut dominium fundi ad utrumque pertineat. Sane quia pretium a te solo numeratum, et solemnibus pensitationibus cessante socio, satiffactum esse dicis: judicio societatis id quod eo nomine praestari oportuerit consequeris. *L.* 2. *Cod. Pro socio.*

Casus. Si emendo fundum cum Titio contraxit societatem, et tibi ei traditus est fundus soluto pretio a te; an ideo quia ex tua tantum pecunia pretium solvisti ad te solum pertinere debeat, quaeritur? Dicitur quod non; sed ad utrumque vestrum, et judicio societatis consequeris id quod pro eo solvisti. »

Fabro considera la società tra i fratelli, che per lungo tempo ritengono indivisa la eredità dei loro maggiori.

» Si fratres indivisam parentum hereditatem quantumvis longo tempore retinuerint, certum est, id quod alteruter aliunde quaesierit non esse in commune redigendum: nunquam enim societas universorum bonorum facta intelligitur, nisi cum specialiter id actum est. Interdum tamen evenit, ut tacite id actum videatur, nimirum si fratres non tantum hereditatem parentum indivisam habuerint, sed etiam bona caetera omnia, in quorum communionem inciderunt, si simul habitaverint, lucra etiam omnia, et damna communicaverint, nec a se invicem rationes unquam exegerint. Haec enim omnia conjunctim requiruntur, quorum si vel minimum desit, puta si quid quantulumcunque alter proprio nomine gesserit sibive habuerit, universalis societas minime contracta videbitur. *Fabri Cod. lib.* 4. *tit.* 17. *pro socio Def.* 3.

» §. 2. Qualunque società dee avere un
» oggetto lecito, e debbe esser contratta per
» l' interesse commune delle parti.

» Ciascun socio dee conferirvi o danaro o
» altri beni, o la propria industria. *Art.*
» 1705. *Leg. civ.*

In virtù del responso di Papiniano il socio dei beni dee conferire tutto ciò che ritrae dai beni medesimi, all' infuori di quello che vien prodotto da illecito guadagno.

» Socium universa in societatem conferre debere, Neratius ait, si omnium bonorum socius sit...... Idem ait socium omnium bonorum non cogi conferre quae ex prohibitis causis acquisierit. *L.* 53. §. *ult. D. pro socio.*

Quindi lo stesso giureconsulto soggiunge non potersi mettere in società tutto ciò, che si ottiene per mezzo del furto, o di altro maleficio.

» Quod autem ex furto, vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non opor-

tere conferri palam est; quia delictorum turpis atque faeda communio est. *L.* 54. *D. pro socio.*

Il secondo §. dell' articolo concorda poi col rescritto degl'imperatori Diocleziano, e Massimiano.

» Societatem uno pecuniam (*in communi causa*) conferente, alio operam posse contrahi magis obtinuit. *L.* 1. *Cod. Pro socio.*

Casus. Titius cum Sejo contraxit societatem, ut Titius praestet operam, Sejus pecuniam, ut lucrum esset commune: an sic contrahi possit societas quaeritur? Dicitur quod sic. »

» §. 3. Ogni società si dee contrarre col » mezzo di scrittura, quando l' oggetto di » essa ecceda il valore di ducati cinquanta.

» La pruova testimoniale non è ammessa » nè contro nè oltre di quello che è conte- » nuto nell'atto di società, nè sopra ciò che » si alleghi di essersi asserito nel tempo dell' » atto, o prima o dopo del medesimo, an- » corchè si tratti di una somma o valore mi- » nore di ducati cinquanta. *Art.* 1706. *Leg. civ.*

Qual cosa dovrà considerarsi per determinare se la prova sia per essere ammessa? Forse quello che si è messo in società o il guadagno, ovvero l'uno, e l'altro insieme? Bisogna distinguere, risponde Delvincourt » se si pretende che la società è sciolta, e che la domanda sia per la divisione di quello che si è messo in società, e degli utili, dovrà considerarsi l'ammontare della domanda per sapere se vi è luogo ad ammettersi la pruova testimoniale; ma se si domanda solo la divisione degli utili, e che la domanda supponga una somma messa in società che unita a quella del guadagno ecceda li cento cinquanta franchi (*ducati cinquanta*) io penso che la pruova testimoniale debba essere negata. Argomento tratto dagli articoli 1342 e 1344 (1296 e 1298.)

» Ma egli è necessario conchiudere dall' articolo 1834 (1706) che la società non possa provarsi che col mezzo di un atto? No: si è voluto soltanto escludere la pruova testimoniale al di sopra di cento cinquanta franchi e pel resto bisogna riportarsi alle regole generali de' contratti. Così venne giudicato dalla corte di Brusselles il 28 febbraro 1810 *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo* 8. *nota* 2. *al tit.* 5.

Un titolo rivestito non meno delle sue qualità intrinseche, che delle circostanze delle quali fa uso, può chiaramente dimostrare, che vi sia una società legalmente costituita, cui appartiene. Tale giurisprudenza venne fissata dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 20. luglio 1822.

Fatto. Nel dì 9 ottobre 1819 D. Giuseppe Bisceglia fece presentare a D. Francesco Cuomo un *bono* conceputo nel seguente modo.

»»Bono a favore di Giuseppe Bisceglia per la somma di ducati 1931. 85 effettivi argento contanti, quali dal medesimo mi sono stati depositati per potermene avvalere nella ricorrenza di supplire ai bisogni della cassa. Napoli 30 dicembre 1816 Bono per ducati 1931. 85--*Maria Diana* --»»Ma richiesta di pagarlo. D. Maria Diana moglie del suddetto Cuomo rispose » Non posso darvi alcu- » na risposta per questo pagamento; ma » debbo parlare al cassiere della società; » onde lunedì si darà risposta.

» Il detto signor Cuomo con atto degli 11 dello stesso mese di ottobre dedusse, che il *bono* apparteneva alla cassa della società, di cui il signor Bisceglia era socio, e perciò non poteva smembrarsi dai conti sociali. Che il signor Bisceglia era uno de' magazinieri della società istessa, ed era ancora debitore del signor Cuomo in duc. 24454. 04. pagatigli da D.Gaetano Scarpa altro socio per conto dello stesso Cuomo. E che dovendosi perciò discutere i conti della società non poteva il signor Bisceglia agire pel pagamento del *bono* presentato.

» Il signor Bisceglia nello stesso giorno 11 domandò nel tribunale di commercio di condannarsi il signor Cuomo al pagamento del *bono.* Fece intimare allo stesso il contratto de' 23 dicembre 1816 sottoscritto da tutt' i socj, e da Maria Diana qual procuratrice, e vicaria generale di Francesco Cuomo suo marito. Con atto poi de' 21 dello stesso mese di ottobre pretese sostenere che il biglietto esibito era stato scritto per un' imprestito particolare, e non per affare della società.

» Il tribunale di commercio con sentenza

de' 10 dicembre 1819 condannò anche coll' arresto personale il signor Francesco Cuomo a pagare a D. Giuseppe Bisceglia la chiesta somma di ducati 1931. 85 in virtù del mentovato *bono*, cogl' interessi scaduti dal dì della domanda giudiziaria fino all' effettivo pagamento alla ragione del 6 per 100. l'anno, ed ordinò l'esecuzione provvisionale non ostante appello. In esecuzione di tal sentenza dal signor Cuomo fu adempito al pagamento in ducati 1976. 54. Fu prodotto appello.

» La gran corte civile di Napoli con decisione de' 21 febbraro 1820 annullando la sentenza appellata condannò il signor Bisceglia a restituire anche coll' arresto personale ducati 1976. 54 al signor Cuomo per tanti da lui riscossi in forza della sentenza annullata insieme cogl' interessi del 6 per 100 decorsi dal 22 ottobre 1819; e da decorrere fino alla soddisfazione, salvo il diritto allo stesso signor Bisceglia di imputare nel suo conto sociale il *bono* in quistione.

« Questa decisione fu impugnata dal sig. Bisceglia con sette mezzi di annullamento, che furono poi abbandonati all' udienza della corte suprema.

» Con altro mezzo aggiunto fu dedotto per parte dello stesso signor Bisceglia, che la gran corte aveva violato gli artic. 42 dell' abolito codice di commercio e 36 delle leggi di eccezione.

» Udito il rapporto: ec. ec.; ed inteso il pubblico Ministero che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La suprema corte di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del ministero pubbl.

» Attesochè dalla dettatura del *bono* in quistione, dalla qualità della persona, che depositò i ducati 1931 e di quella, che lo scrisse, dalle circostanze, e dai fatti che lo accompagnarono, e lo seguirono e dall' insieme, che concorre nella specie minutamente espresso nella decisione impugnata, avendo la gran corte calcolato nel suo criterio morale, si convinse in fatto, che il danaro fu da Bisceglia depositato, perchè il cassiere potesse avvalersene per supplire a' bisogni della cassa sociale, e non a quelli particolari del Cuomo.

« Attesochè per parte del signor Bisceglia essendosi all' udienza della suprema corte abbandonati tutt' i mezzi di annullamento da lui prodotti avverso la decisione de' 21 febbraro 1820 menocchè quello aggiunto, di aver cioè la gran corte violato l' art. 42 del codice di commercio, e 36 delle leggi di eccezione, perchè essendo questa, secondo il suo avviso, una società in nome collettivo, i socij non si erano uniformati agli articoli invocati colla trascrizione del foglio sociale ne' registri di cancelleria, e colla pubblicazione della società ne modi voluti dalla legge, e che essendo stata la società istessa colpita di nullità non potea Cuomo essere ammesso coll'azione *pro socio* in giudizio nè contro i socij stessi, nè contro i terzi per oggetti della detta società.

» Attesochè la gran corte facendo uso delle sue attribuzioni, nell' aver interpetrata questa società per mera associazione commerciale in partecipazione, e perciò non soggetta alle formalità stabilite per le altre società, a termini dell' art. 59 delle leggi di eccezione, non ha violata legge alcuna, ma si è anzi uniformata al citato articolo.

» Attesochè, quando anche avesse potuto credersi società in nome collettivo quella in cui versiamo, e che avesse abbisognato del registro, e della pubblicazione del foglio sociale, essendosi questo foglio prodotto in giudizio dallo stesso Bisceglia, ed anzicchè accusarlo di nullità per tali difetti, ne chiese l' esecuzione. Or di ciò non essendosi fatto oggetto di contesa, nè innanzi al tribunale di commercio, nè innanzi alla gran corte mal si potrebbe sù di tal eccezione, apposta fuor di luogo, elevar quistione, e formarne un mezzo di annullamento innanzi alla suprema corte di giustizia.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema senza arrestarsi sugli altri mezzi abbandonati, rigetta il ricorso; ordina liberarsi il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati 13 e grana 47, oltre il costo della spedizione.

» §. 4. Le società sono universali e particolari. *Art.* 1707. *Leg. civ.*

» Eguale distinzione vien data da Ulpiano.

» Societas contrahitur, sive universorum bonorum, sive vectigalis, sive etiam rei unius. *L.* 5. *D. pro socio.*

Delle società universali.

» §. 5. Si distinguono due sorte di socie-
» tà universali: la società di tutti i beni pre-
» senti, e la società universale de' guadagni.
» *Art.* 1708. *Leg. civ.*

Paolo nella società generale dei beni comprendeva tutto ciò che nel momento della società contratta era ad appartenere ai contraenti.

» In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt (*secus in rebus postea quaesitis*) continuo communicantur. *L.* 1. §. 2. *D. pro socio.*

» §. 6. Le società di tutti i beni presen-
» ti è quella colla quale le parti pongono in
» comunione tutti i beni mobili, ed immo-
» bili che posseggono attualmente, e gli uti-
» li, che potranno ricavarne.

» Possono altresì comprendervi tutte le
» altre specie di guadagni; ma i beni che
» le parti potranno acquistare per successio-
» ne, donazione o legato non entrano in que-
» sta società se non per goderne l'usufrutto.
» Ogni stipulazione, che tenda a render co-
» mune la proprietà di tali beni è vietata.
» *Art.* 1709. *Leg. civ.*

Il giureconsulto Paolo nel nome dei beni dei quali si è fatta la società, comprende anche l'eredità, il legato, e le donazioni che possono rispettivamente appartenere ai socj, da goderli in comune.

» Cum specialiter (*idest expresse*) omnium bonorum societas coita est; tunc et hereditas, et legatum, et quod donatum est, aut quacunque ratione adquisitum communione adquiretur. *L.* 3. §. 2. *D. pro socio.*

Il frutto delle doti può entrare in società? Fabro sostiene l'affermativa.

» In societate quantumvis universali non communicantur dotes, sed tantum fructus dotium, quia nec facere societas potest ut mariti socius maritus existimetur, sed tantum ut onera matrimonii communicentur, quod ad mulieris, et liberorum exhibitionem pertinet. *Fabri Cod. lib.* 4. *tit.* 28. *Pro Socio Def.* 7.

Cosa dee dirsi in riguardo ai debiti? Sulle prime, risponde Delvincourt, tutti quelli di cui sono gravati i socii nell'istante in cui comincia la società vi entrano anche per i capitali: *Bona non intelliguntur.* D'altronde la società è un essere morale che può considerarsi come un successore a titolo universale, e che dee per conseguenza essere incaricato di tutti i debiti.

» Riguardo a quelli contratti dopo la società fa d'uopo distinguere: siccome i beni che sopravvengono ai socii a titolo gratuito non entrano affatto nella società, così questa non può essere gravata dei debiti relativi a questi beni. Se dunque uno dei socii raccolga una eredità, i debiti di essa non sono a peso della società che per gl'interessi, e le annualità: i capitali restano a carico del socio; e se sono stati soddisfatti coi beni comuni ne dee compenso. È lo stesso di ciò che sarebbe stato obbligato di pagare in seguito di una donazione di beni futuri, o per adempiere le condizioni di una donazione tra vivi, o di un legato che gli fosse stato fatto.

» Riguardo ai debiti contratti pei bisogni della società è fuor di dubbio dover essi andare a carico della società medesima tanto pei capitali che per gl'interessi. Del pari quelli che si sono contratti per i particolari beni di ciascun socio sono per rapporto ai capitali a carico della società.

» Non vi può esser dunque altra difficoltà che per i debiti contratti dai socii senza indicazione d'impiego; come per li prestiti di denaro del di cui impiego non rimane alcuna traccia. Io aveva pensato su le prime che conveniva far sopportare questa sorta di debiti per contributo, e *pro rata* alla società, ed ai beni particolari del socio debitore; ma poi riflettei, che questo sarebbe lo stesso che somministrare ai socii un mezzo di eludere la legge che vieta di far entrare i beni futuri in queste specie di società. Un socio prenderebbe a prestito rilevanti somme il di cui prodotto cadrebbe interamente nella massa, e che per una parte sola sarebbero a carico de'suoi beni particolari. Io credo dunque che sarebbe più convenevole decidere che siano a carico della società, salvo il compenso per le somme che si proveranno essere state im-

piegate per i bisogni, e miglioramenti de' beni particolari del consocio debitore. *Delvincourt. Corso del Cod. civ. tomo* 8. *nota* 9. *al tit.* 5.

Il medesimo giureconsulto su le *altre specie di guadagni* che possono anche esser comprese nella comunione ne' termini dell'articolo in esame, osserva » sembrare secondo questa redazione che i guadagni diversi dagli utili fatti su i beni presenti non entrano di dritto in questa società; come quelli provenienti dalla semplice industria de' socii, un guadagno fatto al lotto, la invenzione di un tesoro, e simili. L'articolo dice: *possono altresi comprendervi tutte le altre specie di guadagni*: se dunque non vi si comprendono espressamente, essi non vi sono di dritto compresi. *Ibidem nota* 10.

Finalmente osserviamo con Domat che » la società de' lucri non comprende le successioni, i legati, le donazioni o tra vivi, o a causa di morte, nè quello che dai socj potrebbe d'altronde acquistarsi fuori della loro industria, o de' fondi, che avessero posti in società. Poichè tali acquisti hanno le loro cause e i loro motivi nella persona di coloro ai quali avvengono, come qualche merito, qualche vincolo di amicizia o di parentela, o il dritto naturale di succedere: li quali vantaggi i socj non hanno inteso di trasferirsi se non l'hanno espresso, perchè non sono li stessi in ciascuno de' socj. *Duo colliberti societatem coierunt lucri, quaestus, compendii: postea unus ex his a patrono heres institutus est, alteri legatum datum est: neutrum horum in medium referre debere respondit. L.* 17. §. 1. *D. pro socio. Domat. Leggi civ. tomo* 3. *tit.* 8. *della società sez.* 3. *n.* 3.

» §. 7. La società universale de' guadagni
» comprende tutto ciò che le parti saranno
» per acquistare colla loro industria per qual-
» sivoglia titolo, durante il corso della socie-
» tà. Vi sono pure compresi i mobili che
» ciascuno de' socj possiede nel tempo del
» contratto; ma i loro immobili particolari
» non vi entrano se non pel solo usufrutto.
» *Art.* 1710. *Leg. civ.*

Per ciò che qui si dice dei mobili, l'oggetto di allontanare ogni dubbio fa comprendere quelli, la proprietà de' quali i socj possedevano nel tempo del contratto « altrimenti, dice Delvincourt, sarebbe stato necessario di obbligare i socj a fare un inventario de' loro beni nell' epoca del cominciamento della società; il che sarebbe stato molto molesto, e nel tempo stesso molto illusorio. Ciò però non impedisce che i beni mobili i quali loro pervengono in seguito a titolo gratuito non siano esclusi della società.

» *Quid*, riguardo ai debiti? In prima, quanto a quelli di cui erano gravati i socii nel momento in cui contrassero la società, Pothier n. 52 opinava che la società diventando proprietaria dei mobili di ciascuno di essi, doveva essere gravata di tutti i debiti mobiliari. Ciò potrebbe essere fondato su quello che ha luogo tra i conjugi. Riguardo a quelli contratti dopo incominciata la società, bisogna fare questa distinzione. La società è tenuta per i capitali, e per gl' interessi di tutti quei debiti che si sono contratti per gli affari sociali; e per gl' interessi soltanto di quelli contratti per i beni particolari del socio, o che provengono da successioni scadutegli o donazioni fattogli. Quanto a quei debiti de' quali s' ignora l' impiego applicate la regola stabilita nella nota 9. (*riportata nel §. precedente*) *Delvincourt. Corso di cod. civ. Tomo* 8. *Nota* 15. *al tit.* 5.

§. 8. » Il semplice contratto di società
» universale senza altra dichiarezione non in-
» duce se non la società universale de' gua-
» dagni *Art.* 1711 *leg. civ.*

Così Ulpiano.

» Coire societatem, et simpliciter licet. Et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum, quae ex quaestu veniunt: hoc est si quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit *L.* 7 *D. pro socio*.

Sotto il nome di guadagni Paolo comprende ogni lucro che deriva dall' opera altrui.

» Quaestus enim intelligitur qui ex opera cujusque descendit. *L.* 8. *D. pro socio*.

Donello illustra questa legge nei seguenti termini.

« Dicitur societas simpliciter contracta, in qua solum dicunt socii sibi placere, ut inter ipsos societas sit nulla adjecta designatione

rerum aut universorum, aut unius alicujus certae, ex qua societas contraheretur. Haec quia verbo generali societatis utitur, nec quidquam excipit, videbatur hoc exigere, ut omnium rerum, et bonorum societas contracta intelligeretur; argum. in *L. si servitus. D. de serv. urb. praed.* Sed sententia contrahentium aliter accepta est. Visum est enim, quia societas contrahitur lucri ex ea faciendi causa nisi quid fuerit distinctum, societatem ad hunc ipsum finem referri. Quamobrem et illud placuit societatem coitam videri universorum quidem, sed eorum solum, quae ex quaestu veniunt. Quaestum autem esse, si quid ex opera, et negotiatione cujusque socii acquiratur; cujusmodi sunt quae acquiruntur emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, et similibus commerciis. Extra hanc causam esse hereditates, legata, donationes, quae cuique sociorum obtigerint, et generaliter quid quid alieno beneficio, aut ob alienam injuriam accesserit. *Donelli Comment. de jure civili lib.* 13. *cap.* 16.

» §. 9. Non può aver luogo veruna società
» universale, eccettocchè fra persone capaci
» di dare o di ricevere scambievolmente l'una
» dall' altra, ed alle quali non sia vietato il
» guadagno pel danno che ne derivi ad al-
» trui. *Art.* 1712. *leg civ.*

Per persone capaci di dare o di ricevere sono già da intendersi quelle alle quali la legge concede la facoltà di contrattare: estremo essenziale dei contratti, tra i quali è benanche compresa la società.

Vedi *Contratto* §. 16.

D' altronde indipendentemente dalla capacità de' socii, per ciò che riguarda la loro qualità personale, il loro asse rispettivo può non essere uguale; in questa ipotesi l'oggetto, e 'l modo con cui i contraenti vengono a stabilire tale contratto toglie ogni differenza tra le parti messe in comune. Quindi analogamente insegna Ulpiano che uno il quale possiede meno dell'altro può formare la società, sul motivo che quegli può supplire con l'opera ai fondi che il socio mette per sua rata.

» Societas autem coiri potest, et valet etiam inter eos qui non sunt aequis facultatibus; cum plerunque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. *L.* 5. §. 2. *D. pro socio*

Delvincourt fa riflettere che » l'articolo dice: *non può aver luogo veruna società universale*. Non vi si dice che sarà riguardata come donazione, e che valerà come tale, almeno sino alla concorrenza di ciò che le parti possono scambievolmente donarsi; ma che essa *non può aver luogo*: prova novella che la legge non vuole che si possa donare in un modo indiretto anche quello che apertamente si potrebbe donare.

» Ma finalmente se col fatto una simile società si è contratta tra due persone del numero di quelle indicate nell' articolo, come se ne farà la divisione? Nel modo stesso che nei quasi-contratti della comunione: ciascuno ritirerà quello che ha conferito, e l' utile si dividerà *arbitratu boni viri*, o a proporzione di quello che ciascuno ha contribuito. *Delvincourt. Corso del cod. civ. Tomo* 8. *nota* 8. *al tit.* 5.

Inoltre osservano gli autori delle pandette francesi che » non si dee riguardare il nostro articolo se non come una precauzione presa contro la frode, e non applicarla ai casi nei quali vi è luogo di presumerla. Per es. se un padre avesse contratta una società universale con un figlio naturale che non avesse conferita cosa alcuna, sarebbe certissimo ch'egli ha voluto avvantaggiare questo figlio in pregiudizio de' figli legittimi o de' suoi eredi, ed eludere la proibizione della legge. Sarebbe lo stesso se un minore divenuto maggiore, avesse formata una simile società con colui ch' era suo tutore prima che fosse reso e saldato il conto della tutela.

» Ma noi non crediamo che si possa applicare alla società universale la quale fosse stata convenuta tra due particolari estranei l' uno all' altro, de' quali l' uno, o amendue avessero figli. La società non essendo in se stessa un atto gratuito e lucrativo, questo non dee essere più della vendita, o di qualunque altro atto commutativo, soggetto alla distrazione della legittima. Per decidere il contrario farebbe d' uopo che le prove di frode fossero gravi e determinati. Quest' allora è una eccezione di cui non si può fare una regola generale.

» Fa d'uopo ancora, per ammettere una simile eccezione, che il socio il quale vi si vorrebbe sottomettere sia una persona proibita, almeno disfavorevole, come una concubina, o altra persona per la quale vi fosse luogo di presumere che il padre avesse voluto far passare i suoi beni in pregiudizio de' suoi figli senza ricevere equivalente alcuno.

» Se fosse altrimenti, questa sorta di società diverrebbe impraticabile riguardo ad ogni sorta di persone, il che non è nella intenzione della legge.

» Quest' articolo in ultima analisi non stabilisce che la regola delle leggi romane *L.* 33. §. 5. *D. de mort. caus. donat. L.* 32. §. 24. *D. de donat. int. vir. et uxor L.* 5. §. 2. *D. pro socio*, le quali avevano ancora preveduto questo caso, e deciso che la società allora è nulla.

» Ci resta di osservare che quando vi è luogo d' invocare quest' articolo, esso si applica ad ogni società universale tanto di tutti i beni, che di tutti i guadagni. *Osservaz. all' art.* 1840. *del cod. civ.*

Della società particolare.

§. 10. « La società particolare è quella » la quale non ha per oggetto se non certe » determinate cose, o il loro uso, ovvero » i frutti, che se ne possono ritrarre. *Art.* » 1713. *leg. civ.*

La massima è presa da Ulpiano.

» Societas contrahitur sive etiam rei unius. *L.* 5 *D. pro socio.*

Ubero comprende in questo genere di società il vino, l'olio, il frumento, ovvero una certa negoziazione, come la compra di un bue, di un cavallo.

» Singularis quae certarum rerum est, ut olei, vini aut frumenti, vel potius specialis quae est certae negotiationis, ita ut singularis tum sit de una re, veluti de bove, aut equo emendo. *Huberi Praelect. lib.* 3. *tit.* 26 *de societate* §. 2.

Voet d' altronde distingue la società particolare, tra quella fatta semplicemente, e l'altra fatta determinatamente.

» Particolaris societas vel simpliciter initur, ut nulla certarum rerum aut negotiationis certae mentio fiat, aut ex adverso de re certa, vel certa rerum quarundam universitate, certave specie negotiationis. In eam quidem quae simpliciter initur, omnia illa veniunt, quae ex industria, ut labore sociorum acquiruntur, et *quaestus* appellatione continentur; ac vice versa illud aes alienum, quod ex quaestu pendet; non damna alia rebus ipsis sociorum casu, vel per tertium illata, nec hereditates, legata, donationes, quoties aliam ob causam, quam industriam, veluti ob sanguinis vinculum, et affectionem uni socio acquiruntur. Quod si de re certa vel certa specie negotiationis, vel certa rerum universitate societas contracta sit, nulla in eam veniunt lucra, aut damna praeter ea, quae rerum istarum certarum aut certae negotiationis intuitu obvenerunt; aliunde quaesita quisque sibi retinet, uti solus damna fert. Quo fundamento responsum explorati juris esse, etiamsi maxime argentaria societas sit, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaerit, ad communionem non pertinere. *Voet ad Pand. lib.* 17. *tit.* 1 *pro socio n.* 5.

» §. 11. Si ha parimenti come società parti- » colare il contratto col quale più persone si » associano o per una impresa determinata, » o per l' esercizio di qualche mestiere, o » professione. *Art.* 1714. *leg. civ.*

Eccone l' esempio dato da Pothier.

» Quando due persone contraggono fra loro una società per vendere in comune certe cose che appartengono a ciascuno di essi, e dividerne il prezzo, bisogna esaminar bene quale sia stata la loro intenzione. Se è stata di mettere in società le cose, la società sarà delle cose stesse, e se una di esse viene a perire prima della vendita ch' essi si proponevano di farne, la perdita sarà comune; ma se la loro intenzione è stata di mettere in società non le cose stesse, ma il prezzo della vendita che se ne farebbe, la perdita cadrà interamente sul socio cui la cosa apparteneva. Questa è la distinzione fatta da Celso nel caso seguente.

» Quum tres equos haberes, et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes, et ex pretio quartam mi-

hi redderes. Si ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se, Celsus ait, societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae sed vendendae coitam societatem. Caeterum si id actum dicatur, ut quadriga foret, aeque communicaretur, utique in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhunc socii sumus *L.* 58 *D. pro socio.*

» Si dee fare la medesima distinzione riguardo a due mercanti che si fossero associati per la vendita di mercanzie che ciascuno di essi aveva nella sua bottega. Se la loro intenzione è stata di mettere in società le loro mercanzie, e che poi quelle che erano nella bottega di uno di essi sieno perite per un fulmine caduto su questa bottega, la perdita cadrà sulla società; ed il socio la cui bottega è stata incendiata continuerà ad aver parte nelle mercanzie della bottega dell' altro socio. Ma se la intenzione di questi mercanti è stata di contrarre società non delle mercanzie, ma della vendita ch' essi ne farebbero, la perdita avvenuta pel fulmine caduto sulla bottega di uno di questi mercanti, cadrà su di lui solo, ed egli non potrà pretendere parte alcuna nelle mercanzie dell' altro. *Pothier. Trat. di società vol.* 1. *num.* 54.

Delle obbligazioni de' socj fra loro.

§. 12. La società incomincia nell' istante » medesimo del contratto, se in esso non » si stabilisca un epoca diversa *Art.* 1715. » *leg. civ.*

Per istante del contratto dee intendersi quello in cui la scrittura sociale è segnata da tutti i socj, e costituisce un titolo per essi.

§. 13. » Se non vi è patto sulla durata » della società, si presume contratta per tut- » ta la vita de' socj colle limitazioni pre- » scritte nell' articolo 1741: se però si » tratti di un affare, la di cui durata sia » limitata, la società s' intende contratta per » tutto il tempo in cui dee durare lo stesso » affare. *Art.* 1716. *Leg. civ.*

Questo articolo, oltre la dipendenza che ha con l'articolo 1741, dee benanche avere il suo rapporto con l'altro 1737 che fissa i modi pei quali è stabilito il termine della società.

Vedi §. 34 e 38.

§. 14. » Ogni socio è debitore verso la » società di tutto ciò che ha promesso con- » ferirvi.

» Quando ciò che si è conferito consiste » in un determinato corpo di cui la società » abbia sofferta l' evizione, il socio che l' » ha conferito, ne è garante verso la socie- » tà, nel modo stesso che il venditore è te- » nuto per l'evizione a favore del comprato- » re. *Art.* 1717. *Leg. civ.*

» Ciascun socio, al dire di Potier, è evidentemente debitore verso la società di tutto ciò che ha promesso conferirvi. Ma quando le cose che ha promesso sono corpi certi, e determinati, se vengono a perire senza colpa di questo socio, e prima che dagli altri suoi socj sia stato costituito in mora a conferirle nella società, egli è liberato dalla sua obbligazione, come se le avesse conferite. Ciò è conforme ai principj di dritto stabiliti nel nostro *Trat. delle obbligaz. par.* 3. *cap.* 6. secondo i quali in tutti i debiti di corpi certi la cosa è a rischio del creditore cui essa è dovuta, ed il debitore è liberato quando perisce senza sua colpa, e prima che egli sia stato costituito in mora al pagamento.

» Ciò verrà rischiarato da un esempio. Giacomo ha proposto a Pietro mercante di vino a minuto suo amico di associarlo al suo commercio di vino; in conseguenza essi hanno stipulato un contratto di società, alla quale Pietro ha conferito cento botti di vino ch' egli aveva nella sua cantina. Giacomo dal suo lato ha promesso di conferire e di far portare nella cantina di Pietro cento altre botti di vino, provenienti dalla ricolta di un suo vigneto, ove Pietro lo aveva assaggiato; e le parti han convenuto di dividere per metà la somma, che perverrebbe da questa società, deducendo preventivamente le spese, ed una certa somma convenuta che Pietro preleverebbe per le sue fatighe. In seguito, prima però che Giacomo fosse stato costituito in mora a far portare nella cantina della società le cento botti di vino, un fulmine è caduto sul celliere ov' erano, e ne

ha consumata la maggior parte. Questa perdita accaduta per una forza superiore, senza colpa di Giacomo, e prima ch'egli fosse stato costituito in mora, dee cadere sulla società, e non su Giacomo solo, il quale facendo condurre nella cantina della società ciò ch'è sfuggito al fulmine, è liberato dalla sua obbligazione, come se vi avesse fatto condurre il totale.

« Ma se questo accidente del fulmine fosse accaduto dopo che Giacomo era stato costituito in mora da una intimazione giudiziale fattagli da Pietro di far condurre nella cantina della società le cento botti di vino come egli si era obbligato, la perdita non dovrebbe in questo caso cadere sulla società, la quale non dee soffrire per la ingiusta mora di Giacomo; e non ostante l'accidente accaduto, Giacomo è debitore verso la società delle cento botti di vino ch'egli ha promesso di conferirvi. *Pothier. Tratt. della società vol.* 1. *n.* 110.

Vedi *Obbligazione.* §. 19.

» Bisogna notare sull'articolo che ora ci occupa, dicono inoltre gli autori delle pandette francesi, che la garantia stabilita non può aver luogo che nelle società particolari. È però altrimenti nelle società universali di tutt'i beni. L'evizione, che può soffrire di qualche fondo, conferito da uno dei socj nel tempo della sua formazione non la sottomette ad alcuna azione di garantia. La ragione è che in questo caso egli non ha promesso di conferire nella società un tale o tal altro fondo determinato, ma la universalità de'suoi beni, ed in tanto quanto gli apparterrebero realmente. *Osservazione all' artic.* 1845 *del cod. civ.*

Vedi *Vendita* §. 46. *e seg.*

» §. 14. Il socio che doveva conferire al-
« la società una somma, e non l'ha con-
» ferita, resta *ipso jure*, e senza bisogno
» d'istanza, debitore degl'interessi di tal
» somma dal giorno in cui doveva eseguirsi
» il pagamento.

» Lo stesso ha luogo riguardo alle somme
» che avesse prese dalla cassa sociale, gl'in-
» teressi delle quali decorrono dal giorno che
» le ha ritirate per suo particolare vantaggio.

» Tutto ciò senza pregiudizio de'maggiori
» danni ed interessi se vi è luogo. *Art.* 1718.
» *Leg. civ.*

Così Pomponio sul §. 1.° di quest'articolo.

» Socium, qui in eo quod ex societate lucrifecerit, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque praestare debere, Labeo ait. *L.* 61. *in pr. D. Pro socio.*

Papiniano professò dottrina eguale a quella contenuta nel §. 2.

» Socius si ideo condemnandus erit, quando pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit; omni modo etiam mora non interveniente, praestabuntur usurae. *L.* 1. §. 1. *D. de usuris.*

Voet nell'analisi degl'interessi dovuti dal socio pel denaro della società, che questi non paga, distingue il denaro contribuito da socj da quello del lucro che si ritiene: nel primo caso l'interesse è di dritto, siavi o no la costituzione della mora; nel secondo caso la mora dev'essere costituita.

» Illud non satis expeditum est an, et quando socius ob id quod pecuniam societatis intuitu possessam, ac sociis reliquis restituendam aut communicandam penes se retinuit, aut suos in usus convertit ad usuras teneatur? Distinctione opus esse existimo: aut enim pecuniam ipsius societatis per socios collatam, aut lucrum jam communicatum non restituit; aut penes se retinuit vel suos in usus erogavit lucra, quae per eum societatis quidem intuitu acquisita, sociis tamen reliquis necdum communicata fuerant. Si societatis ipsius communem pecuniam, ad usuras obligatus est, sive de ea restituenda interpellatus moram fecerit, sive sine mora ex persona, seu necdum a sociis caeteris interpellatus, in suos usus proprios eam converterit: quippe quod exigit natura judiciorum bonae fidei, in quibus usuras ex mora deberi certum est *L. mora fieri* 32. §. *in bonae* 2. *D. de usuris*, et aperte respondit Papinianus in *L.* 1. §. 1. *D. de usuris.* in qua dum usurae dicuntur omnimodo, etiam mora non interveniente praestandae, id accipiendum de mora ex persona, quae per interpellationem induci solet: nam quia socius communem invadens pecuniam, aut suos convertens in usus; re ipsa moram faciat, dubitari nequit in quantum

fur et praedo semper moram facere intelliguntur... Ex adverso si socius non in ipsis rebus societatis communibus sed eo quod ex societate lucrifecit, reddendo moram adhibuerit, vel ante interpellationem a sociis factam in suos usus convertit, ad usuras non tenetur, sed demum si utrumque concurrat, id est, et in reddendo moram fecerit, et in suos simul usus converterit: quo tamen ipso casu ad usuras non quasi usuras, sed quod socii intersit moram non fuisse factam, teneri socium moratorem Pomponius ex Labeonis sententia scribit *L. socium qui* 60. *D. h. t.* ait enim *socium qui in eo, quod ex societate lucrifaceret* NB. reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit *usuras quoque praestare debere*: adeoque ad id, ut usurarum obligatio nascatur haec duo junctim exigit, ut *in reddendo moram adhibuit* et ea pecunia ipse usus sit: quorum si unum desit socium ad usuras in illa facti specie non teneri, non modo per argumentum ex verbis illis *a contrario* elici potest, sed et apertissime in verbis sequentibus per oppositionem declaratum est, dum mox subjungitur: *sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse*: perinde, ac si diceret, si alterutrum ex superioribus deficiat, adeoque socius *aut usus ea pecunia non sit* (licet forte moram fecisset) *aut moram non fecerit* (licet forte pecunia illa usus esset) *contra esse*, seu socium talem tunc ad usuras non teneri. Rigidus scilicet agendum videbatur cum socio, qui pecuniam societatis non ex asse suam, sed communem, et ita pro parte alienam, in suos usus convertat, aut in ea reddenda moram faceret, quam si circa suam propriam pecuniam, tametsi alteri debitam, tale quid commisisset; quod posterius est in casu *d. L.* 60. *D. h. t.* ubi socius lucrifecerat ex societate, et ita sibi soli acquisiverit, non sociis reliquis, quibus tamen jure societatis id tenebatur communicare, et ita commune efficere juxta *L. si quis societatem* 74. *D. h. t. Voet ad Pandect. lib.* 17. *tit.* 2. *Pro socio n.* 17.

» §. 15. I socj che sono obbligati ad impiegare per la società la loro industria, » debbono render conto alla stessa di tutti » i guadagni fatti con quelle specie d'indu» stria, che è l'oggetto della società *Art.* 1719. *leg. civ.*

Corrisponde alla massima dettata da Paolo.

» Sed nec aes alienum nisi quod ex quaestu pendebit, veniet in rationem societatis. *L.* 12. *D. pro socio.*

È tenuto anche il socio di dar conto del guadagno che riceve da un cespite separato? Ulpiano su l'autorità dell'imperatore Severo risponde negativamente.

» Cum duo erant argentarii socii; alter eorum aliquid separatim quaesierat, et lucri senserat, quaerebatur an commune esse lucrum oporteret? et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: etiam maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentariae causa quaesiit, id ad communionem non pertinere explorati juris est. *L.* 52. §. *ult. D. pro socio.*

» Nelle società universali, dice quindi Pothier, ciascuno de'socj dee render conto alla società di tutti gli onesti guadagni fatti colla sua industria, qualunque sia la specie d'industria da cui provengono; ma nelle società particolari riputandosi che ciascun socio abbia promesso di conferire soltanto nella società quella specie d'industria ch'è relativa all'oggetto di questa, ne viene che i socj debbono render conto alla società de' soli guadagni provenienti da questa specie d'industria, e non di quelli che pervenissero da una industria diversa. Se per es. due calzolai hanno insieme contratta una società dell'arte loro per un certo tempo, ciascuno di essi sarà tenuto di render conto alla società di tutti i guadagni fatti colla sua arte di calzolajo. Ma se uno di essi avesse l'abilità d'insegnare a cantare agli uccelli, non sarà obbligato di render conto alla società de' guadagni che avrà fatti insegnando a cantare agli uccelli mentre lavorava; poichè non è questa specie d'industria, ma solamente quella relativa alla sua arte di calzolajo ch'egli ha promesso di conferire nella società. *Pothier. Trat. della società vol.* 1. *n.* 120.

Osservano poi gli autori delle pandette francesi che » non bisogna intendere il relativo *che* impiegato nell'articolo in un senso

ristrettivo, e limitativo; nè conchiudere che un socio non è tenuto ad impiegare la sua industria nella società, se non in quanto vi si è obbligato. Esso vi è obbligato *de jure*, e per la natura del contratto. Qualunque persona che contrae una società le dee la sua industria. La debbe a questa tutta intera, e di qualunque specie possa essere, se la società è universale - Se è particolare non le dee che la industria relativa all' oggetto della società. La dee soltanto perchè e socio. Questa obbligazione non ha bisogno di essere espressa. *Osservaz. all' art.* 1847 *del cod. civ.*

» §. 16. Quando uno de' socj sia credito-
» re per suo conto particolare in una som-
» ma esigibile, di una persona che è pari-
» mente debitrice alla società di una somma
» egualmente esigibile, dee imputarsi ciò che
» riceve dal debitore sul credito della socie-
» tà, e sul proprio, nella proporzione de
» due crediti, ancorchè colla quietanza avesse
» fatto l' intera imputazione sul suo credito
» particolare; ma se abbia dichiarato nella
» quietanza che la imputazione sarà fatta in-
» teramente sul credito della società, questa
» dichiarazione sarà eseguita. *Art.* 1720.
» *Leg. civ.*

Riteniamo l'esempio di Pothier.

» Se la società era creditrice di Pietro di 2 mila lire, ed uno de' socj era particolarmente creditore dello stesso Pietro di mille lire, il credito della società essendo doppio del credito particolare di questo socio, egli dee render conto alla società di due terzi di ciò che avrà ricevuto da Pietro, riputandosi che abbia ricevuti questi due terzi a' sconto del credito della società. Ciò dee aver luogo anche quando nella quietanza rilasciata avesse fatta per intero la imputazione sul suo credito particolare; poichè dovendo avere per gli affari sociali la stessa cura che ha de' suoi proprj, non gli è permesso di farsi pagare il suo credito prima di quello della società. *Pothier. Tratt. della società. vol.* 1. *n.* 121.

» §. 17. Quando uno de' socj abbia rice-
» vuto l' intera sua porzione di un credito
» comune, ed il debitore diventi poi non sol-
» vente, questo socio dovrà conferire nella
» massa comune ciò, che ha ricevuto, quan-
» tunque abbia fatto la quietanza specialmen-
» te per la sua porzione. *Art.* 1721. *Leg. civ.*

Ulpiano risolve il caso stesso che soddisfatto un socio per la sua parte da un debitore della società, se gli altri socj trovano insolvibile questo debitore, costoro per la loro parte agiscono contro l' altro socio.

» Si cum tres socii essent, egerit cum uno (*massario*) ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus; deinde alius socius cum eodem agat, et partem consequi integram non potuerit, quia facere solidum non potest; an is qui minus consecutus est cum eo agere possit, qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, idest exaequendas: quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem. *L.* 64. §. 3. *D. pro socio.*

Voet da questa legge prende poi motivo di osservare, che anche nel caso di alcuni socj non solventi la parte di costoro su la indennizzazione dovuta ad un socio gravita sopra degli altri.

» Illud quoque singulare est, quod si pluribus ex sociis unus egerit contra socium ex societate obligatum, et damni reparationem pro sua parte in totum obtinuit, deinde reliqui pro sua quoque parte agentes, solidum consequi ob socii conventi inopiam non possunt, is qui solidum acquisivit, pro rata reliquis communicare teneatur, quod vigilando sibi servaverat; quasi iniquum sit, ex eadem societate alium plus, alium minus consequi *L. verum* 64. §. *Si cum D. h. t.* contra communem regulam, qua jura vigilantibus dicuntur scripta, meliorque occupantis conditio inter eos quibus eadem ex causa debetur *L. pen. in fi. D. quae in fraud. cred. facta sunt ut rest. L. inter eos* 19. *pr. D. de re jud.* Sed et vice versa, si sociorum unus quid supra suam partem impenderit, et quidam ex reliquis sociis solvendo non sint, idoneos reliquos gravabit id, quod ab aliis ob inopiam eorum servari non potest; quia cum societas contrahitur, tam lucri quam damni communio initur: in damno autem societatis intuitu superveniente et illud est, quod de-

pensum non possit a quibusdam pro rata servari *L. si unus* 67. *pr. D. h. t. Voet ad Pand. lib.* 17. *tit.* 2. *Pro socio. n.* 21.

» §. 18. Ciascuno de' socj è obbligato verso la società pe' danni cagionati alla stessa per sua colpa, senza che possa compensarli cogli utili procacciati colla sua industria in altri negozj. *Art.* 1722. *Leg. civ.*

Giustiniano segnò un precetto pel socio su la diligenza da usarsi da lui quanta ne bisogna per le proprie cose. Quindi lo dichiara tenuto della colpa e del dolo ne' quali incorre per gli affari della società da lui amministrati.

» Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est (*qui de solo dolo tenetur, et lata culpa quae dolum repraesentat*); an etiam culpae, id est, desidiae atque negligentiae nomine quaesitum est; praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se quaeri, sibique hoc imputare debet. *Instit.* §. *ult. de societate.*

Casus. Dixi imperatori: quaero utrum socius socio suo teneatur propter dolum, vel etiam propter culpam, vel etiam ex negligentia teneatur? et respondit imperator, quod non solum ex dolo tenetur, sed etiam ex negligentia. Sed domine, quam diligentiam debet praestare socius? respondet quod non exactissimam, sed eandem, quam in rebus suis solet praestare: unde si in rebus suis solet esse negligens, quanquam in omnibus rebus sit diligens non tenetur, sed debet de se conqueri, qui parum diligentem socium sibi assumpsit. *Accurs.*

Vinnio esamina a qual grado di diligenza debba portarsi la cura degli affari della società, onde si valuti il grado della colpa.

» Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quae sunt ipsissima verba Caii in *L. socius* 72. *h. t.* Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *L. quod. Nerva* 32 *dep.* ubi jurisconsultus refert, et probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum esse, scilicet vi et effectu, ut non minus, quam dolus in deposito praestetur. Hujus autem culpae reum esse ait, quis minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive ut loquitur jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito praestat. At nihil amplius Justinianus a socio exigere videtur: inter quem tamen et depositarium, hanc ipse differentiam antea constituit, quod socius praeter dolum etiam culpam, et negligentiam praestet, depositarius non item. Et cujus igitur rei praestatio socium a depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicemus, jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, suam, ponere in lata culpa, et proxima dolo, quam etiam praestat depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpae levi, et negligentiae, quam praestat socius, depositarius non praestet. Illud Celsus facit in *d. L. quod Nerva* hoc alii passim, ut Justinianus hic. Sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem et dissolute negligentem, id est talem, qui nec ut ipse ait, ad eum modum diligens sit, quam hominum natura desideret. Hunc ait si ne ad suum quidem modum curam rei alienae praestet, reum esse culpae latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum seu bono alioqui et frugi patrefamiliae, si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam praestare solet in rebus propriis. *Vinnii Instit. lib.* 3. *tit.* 26. *de societate.* §. *ult.*

Se uno dei socj nel render conto dimostra, che in una parte abbia diminuito l' utile della società, l'abbia migliorata nell' altra, la di costui negligenza sarà compensata dalla diligenza? Gerardo Noodt sostiene la negativa.

» Socius si in plerisque auxit societatem, in aliis minuit, a socio liberatur compensa-

tione negligentiae diligentiaeque? Extat ea quaestio in *L.* 25. *et* 26. *D. h. t.* ipsa non indigna tractari. Ecce: unus, ex sociis administrans res communes in quibusdam profuit societati, in aliis nocuit: si agitur recto jure, tenetur socio ad praestationem lucri; nec minus ed reparationem damni: quaeritur, an compensato damno cum utilitate socius socio de alieno saltem teneatur quantum altero deducto superest? Fuere qui compensationem aequitate commendarent. Sed non placuit veteribus illam admittere quia compensatio est debiti, et crediti inter se contributio *L.* 1. *de compensat.* eaque ut fiat, esse debet debitum, et reditum ab utraque parte: ut in specie *L.* 10. *D. h. t.* in qua ab ambobus sociis pari negligentia societati adhibita, alter desinit alteri esse obligatus: quasi mutuo debito efficiatur, ut utrumque pro soluto ab utraque parte habeatur; sed hoc in proposito non est: ubi alter quidem alteri debet ex duabus causis, id est, ex lucro, et damno; sed alter ei nihil debet vicissim iis vel similibus ex causis; ideoque est quidem socius socio obligatus ad praestationem ejus quo nocuit; sed hanc non debet facere de pecunia socii, vel socio debita quod esset futurum, si damnum a socio ejus negligentia in quibusdam illatum, compensaretur cum compendio in aliis societati ejus diligentia atque industria praestito. *Gerardi Noodt Com. ad lib.* 17. *tit.* 2. *Pro socio.*

Ulpiano però non ascrive a carico dei socj rispettivi quei danni che accadono per accidente, e senza veruna cagione di alcuno dei socj stessi.

» Damna quae imprudentibus (*id est*: *ignorantibus*) accidunt, hoc est damna fatalia, socii non coguntur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus qui aestimatum pecus acceperit. Quod si a furibus subreptum sit (*scilicet*: *culpa socii interveniente*) proprium ejus detrimentum est; quia custodiam praestare debuit qui aestimatum accepit. Haec vera sunt; et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata. Quidam sagariam (*idest*, *salis*, *vel sale*, *vel saccorum vel vilium vestium attritarum*) negotiatione coierunt; alter ex his ad merces comparandus profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit, servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit, dicit Julianus, damnum esse commune; ideoque pro socio actione damni partem dimidiam agnoscere debere, tam pecuniae, quam rerum caeterarum quas secum non tulisset socius: nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est; pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat. Proinde et si naufragio quod periit, cum non alias merces, quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient. Nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contigit. *L.* 52. *§. penult. D. pro socio.*

Sul danno poi da non potersi compensare con l'utile procurato dal socio, lo stesso Ulpiano consagrò una massima uniforme.

» Et ideo si socius quaedam negligenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia, ut Marcellus libro quinto digestorum scribit. *L.* 26. *D. pro socio.*

» §. 19. Se le cose il cui usufrutto soltanto è stato posto in società, consistono
» in corpi certi, e determinati che non si
» consumono coll'uso, restano a rischio del
» socio ch'è proprietario.

» Se tali cose si consumano coll'uso; se
» conservandole si deteriorano; se sono state destinate ad essere vendute; o se furono poste in società, previa stima risul-
» tante da un inventario, restano a rischio
» della società.

» Se la cosa è stata stimata, il socio non
» può ripetere se non il valore della stima
» *Art.* 1723. *leg. civ.*

» Quando un socio, dice Pothier, ha posto in società delle cose delle quali secondo il contratto di società dovea soltanto il godimento, egli è creditore della società per le dette cose le quali debbono essergli restituite al tempo dello scioglimento della società.

» Se queste cose sono corpi certi e determinati, cose che non si consumano coll'uso, che non siano destinate ed esser ven-

dute, e ch' egli dee riprendere in natura al tempo dello scioglimento della società, queste rimangono a suo rischio, e non sono a rischio della società. Perciò se senza colpa degli altri socj fossero deteriorate, egli dovrà riprenderle nello stato in cui si trovano; e se fossero interamente perite per qualche forza maggiore, la società è liberata dall'obbligazione di ristituirgliele.

» Se al contrario la cosa che un socio ha poste in società, sieno cose che si consumano, e si deteriorano conservandole, o che siano destinate ad essere vendute, e che sieno state poste in società sotto una certa stima portata da un inventario, il socio che ve la ha poste, acciocchè la società ne abbia il solo godimento, è creditore non delle cose stesse, ma della somma a cui ascende la stima che n'è stata fatta, e queste cose sono a rischio della società, e non a rischio suo. *Pothier. Trat. della società vol.* 1. *num.* 126.

Gli autori delle pandette francesi osservano su l' ultimo paragrafo dell' articolo in esame, che questo » non si dee senza precauzione applicare agli stabili.

» Quando un fondo vien posto in società con una stima, non ne siegue perciò *de plano* che sia alienato, e che il socio il quale ve l' ha conferito non possa, in tutti i casi ripetere difinitivamente che il valore della stima. Fa d' uopo esaminare quale sia stata la intenzione delle parti *Quid actum sit* come dicono i giureconsulti. Nel solo caso in cui sembra che la intenzione del socio sia stata di alienare il suo fondo, gli verrà permesso di riclamare la sua stima: altrimenti, come se stimandosi il fondo, egli non ne abbia però posto in società che l'usufrutto, potrà sempre ripetere il fondo medesimo di cui conserverà la proprietà. La stima non sarà che una precauzione presa per fissare il quantitativo della restituzione se viene a perire pel fatto o colpa di qualche socio. *Osservazione all' art.* 85 *del cod. civ.*

Per ciò che riguarda la cosa la quale resta a rischio del proprietario nei termini dell' articolo stesso, ci fa riflettere Delvincourt che » questo rende la posizione de' socj molto diversa. Supponiamo di fatti che due contadini possessori ciascuno di una vacca convengono di metterle in comune. Se hanno essi messe nella società la stesse vacche, dal momento della società ciascuno è diventato proprietario della metà di ognuna delle due vacche; e se una di esse perisce la società continua per l' altra vacca, la quale continua pure ad appartenere ai due socj. Ma se hanno essi posto in società il prodotto delle loro vacche, allora ognuna di esse continua ad appartenere al suo proprietario; e se l'una perisce, non solamente quegli cui essa appartiene nulla ha da pretendere nella proprietà dell' altro, ma la società è sciolta di dritto, mentre il proprietario della vacca perita nulla ha più da conferirvi. *Delvincourt. Corso di cod. civ. vol.* 8. *nota* 36. *al tit.* 5.

§. 20. Un socio ha azione contra la so» cietà non solo per le somme che egli ab» bia sborsate per essa, ma ancora per le » obbligazioni contratte di buona fede per » gli affari sociali, e pe' rischi inseparabili » dalla sua amministrazione. *Art.* 1724. *leg. civ.*

La medesima dottrina è professata da Papiniano.

» Si quis ex sociis propter societatem profectus sit (veluti ad merces emendas) eos duntaxat sumptus societati imputabit qui in eam pensi sunt. Viatica igitur, et meritoriorum (*idest hospitiorum*) et stabulorum, jumentorum, carrulorum vecturas, vel sui, vel sercinarum suarum gratia, vel merdium recte imputabit. *L.* 63. §. 6. *D. pro socio.*

Il socio che solo, e particolarmente ha disbrigati gli affari della società può chiedere un compenso? Voet riunisce le ragioni per l' affermativa.

» Salarium seu honorarium quod attinet, licet rarior ejus in societate; quam quidem in mandato, usus sit, dum partes lucri singulis obvenientes sufficiens operae pretium sunt; nihil tamen impedit, quo minus uni socio, negotia societatis forte potissimum aut unice tractanti ac promoventi, cum ad illam operam supra caeteros praestandam ex conventione non teneretur, vel ab initio salarium aliquod assignetur, vel postea viri boni arbitratu adjudicetur, idque extraordinaria potius magistratus cognitione, quam ordinaria

pro socio actione intentata, argumento eorum quae de salario in mandato interveniente dicta sunt. *Voet ad Pand. lib. 17. tit. 2. Pro socio n. 19.*

» I socj, dice d'altronde Domat, si rifanno sul fondo comune di tutte la spese necessarie, utili e ragionevoli che riguardano la società, e che sono impiegate per gli affari comuni, come sono i viaggi, vetture, noleggio, salarj di operarj, riparazioni necessarie, ed altri simili spese. E se il socio che ha fatto tali spese, avesse a tale oggetto preso in prestito denaro con interesse, o avendolo egli stesso somministrato, ne fosse dagli altri socj ritardata la restituzione, riceverà parimenti gl'interessi dal tempo che gli sarà stato differito il pagamento, quantunque non vi sia stata richiesta giudiziaria: poichè questo non è un mutuo, ma solamente una maggior contribuzione nel fondo comune. Ma i socj non ricuperano le spese che fanno senza necessità o per loro piacere. *Herennius Modestinus respondit, ob sumptus nullà re urgente, sed voluptatis causa factos, cum de quo quaeritur actionem non habere L. 27. D. de negot. gest. Domat leggi civili. Tomo 3. tit. 8. Sez. 3. n. 11.*

Inoltre Pothier ci fa più dettagliatamente osservare su la materia dell'articolo, che un socio dev'essere indennizzato dalla società non solo di ciò ch'egli ha sborsato e delle obbligazioni, che ha contratte direttamente e principalmente per gli affari sociali; ma deve egualmente essere indennizzato de' rischi e degli azzardi che egli ha passati, quando erano inseparabili dall'amministrazione da lui avuta degli affari sociali, ed egli li ha passati soltanto pe' detti affari: articolo 1852 (1724); poichè la società dovendo godere tutt'i guadagni risultanti da questa amministrazione, l'equità richiede che ne soffra anche tutti i rischi; *ubi lucrum, ibi et periculum esse debet.* Ciò ha dato luogo alla quistione ch'è stata agitata fra i giureconsulti delle due sette, se uno de' socj, essendo stato ferito dalli schiavi ch'ei conduceva a vendere in una fiera per conto della società, volendo impedir loro di fuggire, debba essere indennizzato dalla società delle spese di cura e di medicamenti fatte per la sua guarigione. Labeone, sosteneva la negativa, perchè queste spese non sono state fatte per gli affari della società, la quale ne è stata la sola causa occasionale, *quia*, diceva egli *id non in societatem, quamvis propter societatem impensam sit*; *L. 60. §. 1.* Giuliano al contrario sosteneva l'affermativa, e la sua opinione è prevalsa: *secundum Julianum tamen quod medicis pro se datum est recipere potest: Quod verum est. L. 61. D. d. tit.*

» La ragione si è che il rischio corso da questo socio di essere maltrattato da questi schiavi, era un rischio inseparabile dalla loro condotta, a cui si era esposto il socio pe' soli affari sociali, e di cui per conseguenza doveva essere indennizzato dalla società.

» Per la stessa ragione decide lo stesso Giuliano, che se un socio mentre faceva un viaggio per gli affari sociali sia stato assalito da' ladri, i quali lo abbiano rubato e gli abbiano feriti i suoi servi, la società deve indennizzarlo di ciò che gli è stato rubato, e delle spese che ha fatto per la guarigione de' suoi servi *L. 52. §. 4. D. pro socio.*

» Osservate però che la società essendo tenuta ai soli rischi inseparabili dall'amministrazione de' suoi affari, nel caso sopra riportato è tenuta ad indennizzare il socio del solo furto di ciò ch'era assolutamente necessario, avuto riguardo al suo stato, ed a ciò ch'egli portasse con lui nel suo viaggio. S'egli ha portato più denaro di quello che bisognava pel suo viaggio, e delle cose che non gli erano necessarie, la società non deve portare il rischio di questo superfluo, e non deve indennizzarne il socio se a lui è stato rubato.

» Egualmente, s' egli ha condotto con lui un numero troppo grande di servi, la società è tenuta soltanto delle spese fatte per la cura di quelli che gli erano necessarj pel suo viaggio.

» Se il socio che aveva portato più denaro di quello che ne abbisognava pel viaggio ne abbia salvato una parte dalle mani de ladri, ciò ch' egli ne ha salvato s' imputerà sulla parte del suo denaro ch'era necessario pel viaggio e che era a rischio della società, o sulla parte superflua che era a rischio di questo socio? Io credo che non essendovi ra-

gione d' imputarlo piuttosto sull'una che sull' altra, la imputazione debba farsi su ambedue in proporzione. Se p. es. un socio che aveva bisogno di sole dieci doppie pel suo viaggio, ne avesse portate trenta e ne abbia salvate sei, la società ch' era soltanto tenuta del rischio del terzo delle trenta doppie, deve profittare del solo terzo di ciò ch' è sfuggito ai ladri, e deve per conseguenza indennizzare di otto doppie questo socio.

»La società è bensì tenuta d' indennizzare un socio delle perdite che ha sofferte, quando queste sono una conseguenza naturale di certi azzardi inseparabili dall' amministrazione degli affari sociali, o a' quali gli altri suoi socj sarebbero stati esposti come lui se si fossero incaricati di quest' amministrazione; ma non è obbligata ad indennizzarlo delle perdite di cui l' amministrazione degli affari sociali è stata soltanto un' occasione puramente accidentale. Se per es. la società ha avuto una lite con una persona ch' era amica di uno de' socj, e che questa persona in odio della lite abbia rivocato un legato che gli aveva fattto o l' abbia fatto destituire da una commissione che gli aveva procurato; sebbene la società sia stata occasione di queste perdite che il socio ha sofferte; egli non è però ammesso a pretendere che gli siano indennizzate dalla società.

»Similmente un socio non è ammesso a pretendere che la società lo indennizzi perchè la cura che egli ha prestata agli affari sociali gli ha fatto trascurare i suoi proprj; imperciocchè egli doveva agli affari della società la cura che vi ha prestata, e ne è stato pagato dalla parte che ha avuta o che poteva avere ne' profitti della società. Labeone nella leg. 60. §.1. decide lo stesso, cioè che non è dovuta indennizzazione alcuna ad un socio; si *propter societatem quis eum haeredem instituere desisset*, *aut patrimonium suum negligenter administrasset*.

»Resta da osservarsi riguardo a ciò che è dovuto dalla società ad uno de' socj che ciascuno degli altri socj ne è tenuto soltanto in ragione della parte che ha nella società, quando sono tutti solvibili; ma se ve ne sono alcuni insolvibili, l' eguaglianza che deve regnare tra' socj non permette che il socio creditore della società soffra solo la perdita risultante dalla loro insolvibilità, per cui questa dev' essere ripartita fra lui ed i suoi socj solvibili: *Proculus putat hoc ad caeterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest . . . . quoniam societas quum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur. L.* 67. Se fra quattro socj per es. ognuno de' quali lo è per un quarto, uno è creditore della società di 1200 lire; ed un altro è insolvibile; ciascuno de' due socj solvibili deve in questo caso al creditore delle 1200 lire la somma di 300 lire pel quarto cui è tenuto in nome proprio; e la somma di 100 lire pel terzo della parte cui è tenuto l' insolvibile. *Pothier Trattato della Società n.* 128. *a* 132.

» §. 21. Quando la scrittura di società non
» determina la parte di ciascun socio nè gua-
» dagni, o nelle perdite, tal parte sarà in
» proporzione di quello che ciascuno ha con-
» ferito nel fondo della società.

» Riguardo a colui che non abbia confe-
» rito altro che la propria industria, la sua
» parte nè guadagni o nelle perdite sarà re-
» golata come la parte di colui che nella so-
» cietà abbia conferito la somma maggiore.
» *Art.* 1725. *Leg. civ.*

Così Ulpiano.

» Si non fuerint partes societatis adjectae, aequas eas esse constat *L.* 29. *in prin. D. pro socio.*

Casus. Si coitur societas in pari pecunia, neque adjciatur de partibus lucri vel damni, dicitur quod aequales erunt.»

Ma nella ipotesi, che determinata la parte ne guadagni non siasi fatta menzione delle perdite, quale misura sarà ad adottarsi? Giustiniano dichiara, che la parte di queste debba essere ancora eguale.

» Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro, vel in solo damno, in altera vero omissa, in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari. *Instit. lib.* 3. *tit.* 26. *de societate.* §. 3.

Casus. Pone: duo mercatores societatem ad invicem contraxerunt; et super hoc literas confici fecerunt, in quibus continebatur quod lucrum si quod inter eos contingeret divide-

retur, et nulla fuit facta mentio de damno; quid juris in hoc casu? Responde quod eadem est ratio observanda in damno, quam et in lucro est expressa et e converso. »

Vinnio comentando questo §. vede tanta eguaglianza per la ripartizione da farsi tra 'l guadagno, e la perdita nei contratti sociali, che convenuto di darsi due parti di guadagno ad un socio, ed una parte ad un' altro, la stessa norma ei dice doversi tenere per le perdite.

» Quae partes in causa lucri aut damni tantum definitae sunt, eaedem etiam in causa omissa tacite definitae intelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duae partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut easdem partes et in damno agnoscant; et si convenerit, ut partes lucri aequales sint, tacite conventum intelligitur, ut damnum quoque pro aequis partibus commune sit. Idem locum etiam habet in societate conjugali; puta si pacto antenuptiali placuerit, lucra ex quaestu obvenientia aequaliter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex aequo ferre debet. Ratio hujus juris afferri haec solet, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero: sed parum, ut mihi videtur subtiliter. Neque enim a natura relatorum sed a paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt, sed addito hoc temperamento, quando utriusque par ratio est. *Vinnii Instit. lib.* 3. *tit.* 26. *de societate* §. 3. *Comment.*

Nel progetto di uniforme articolo diceva il tribuno Boutteville. » È evidente che coloro i quali formano una società sono realmente i soli che possono ben conoscere e giustamente apprezzare ciò che ciascuno di essi vi contribuisce in valore reale, ma sopratutto in industria, in zelo, in talenti, in attività, in coraggio. Noi non parliamo di quell' ingannevoli annunzj di credito, e di favore, che alcuni vili intriganti hanno troppo spesso offerto per cose reali.

» Ma daremo noi la più forte o la più debole porzione a quello tra i socj il quale non contribuisce che le sue braccia, la sua attenzione, il suo coraggio, e che trascura di far regolare la porzione o il trattamento che gli sarà accordato? Se noi gli accorderemo la più forte, incoraggiaremo la tracotanza, e l' obblio della precauzione la più facile a prendere? Non assegnandogli che la più debole noi gli diamo il savio avvertimento di non trascurar mai i suoi interessi, e di far regolare la sua sorte.

» Datevi altresì la pena di rimarcarlo! Noi non avevamo a scegliere che tra la porzione la più forte e la più debole: era impossibile di ricorrere al numero de' socj. Le poste e le porzioni degli altri potendo essere diseguali, diventa impossibile di seguire la proporzione del numero de' socj e quella delle disposizioni del progetto, il quale stabilisce che la eguaglianza tra i socj non è in ragione del loro numero, ma in proporzione della posta di ciascuno. L'industria avrà dritto alla parte la più debole, ciò è bene avvisata di apprezzarsi da se stessa, e di far fissare la sua porzione o il suo trattamento. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 79.

§. 22. » Se i socj abbiano convenuto di » rimettersi all'arbitramento di uno di loro, o » di un terzo per determinare le porzioni, ta- » le arbitramento non potrà impugnarsi, fuor- » chè nel caso che sia evidentemente con- » trario all' equità.

» Non è ammesso alcun richiamo a que- » sto riguardo, quando siano trascorsi più di » tre mesi dal giorno in cui il socio che si » pretende leso, ha avuto notizia dell'arbi- » tramento, o quando dal suo canto abbia in- » cominciato ad eseguirlo *Art.* 1726. *Leg. civ.*

È uniforme alla dottrina professata da Proculo.

» In proposita autem quaestione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod judicium pro socio bonae fidei est. *L.* 79. *D. pro socio.*

Quindi Paolo dispone emendarsi quell'arbitramento, che non sia minifestamente giusto.

» Unde si Nervae arbitrium ita prauum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei. *L.* 80 *D. pro socio.*

§. 23. « **È nulla la convenzione che at-
» tribuisce ad uno de' socj la totalità de'
» guadagni.**

» Lo stesso ha luogo per quella conven-
» zione, colla quale i capitoli o i beni po-
» sti in società da uno o più socj venissero
» esentati da qualunque contributo nelle per-
» dite *Art.* 1727. *Leg. civ.*

Ulpiano sul responso di Cassio chiama leonina questa società.

» Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret; et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus talem societatem nullam esse, et alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret. Iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectat. *L.* 29 *§. ult. D. pro socio.*

Dalle parole *capitali o i beni posti in società* si può conchiudere » dice Delvincourt » che l'associato il quale ha conferito la sua industria può essere esentato da ogni contribuzione alle perdite; o piuttosto egli vi contribuisce realmente, non ostante la clausola di esenzione, mentr'egli perde il frutto della sua industria durante tutto il tempo in cui la società è durata. Del resto la disposizione che proibisce di esentare dalla perdita i fondi di uno de' socj è contraria al parere di *Pothier* n. 25. Sorprende abbastanza il vedere che questo austero giureconsulto siasi su questo punto mostrato meno severo del codice. Egli è certo inoltre che uno de' socii potrebbe mediante un prezzo qualunque fare assicurare da un terzo il suo fondo nella società, e che mediante quest'assicurazione egli sarebbe sicuro in tutti i casi di ricuperare intatto il suo fondo. Ora perchè non potrebb' egli fare col suo socio, ed abbandonandogli una parte maggiore degli utili, quella convenzione che far potrebbe con ogni altro? Probabilmente si è pensato che questo sarebbe il mezzo di mascherarne i contratti usurarii, e si è riguardata una simile convenzione come contraria allo spirito di eguaglianza che deve regnare tra i socii.

» D'altronde, si può stipulare che uno de' socj precapirà quel che ha conferito prima della divisione? Sì: si suppone allora ch' egli ha dato in prestito alla società la somma o gli effetti di cui si tratta; ed è altrettanto vero il dire ch'egli contribuisce sempre alle perdite: mentre se la società non è stata vantaggiosa egli perde sulle prime l'interesse del suo denaro per tutto il tempo in cui è durata, e corre rischio inoltre di perdere tutto o parte del suo capitale. Ma dall' altro canto, bisogna riflettere che in questo caso la porzione messa non è del fondo che ha conferito, ma solo dell' usufrutto o dell' interesse di questo fondo, il che è molto essenziale a considerarsi per lo stabilimento delle porzioni in mancanza di stipula. Poniam questo caso.

» Pietro e Paolo contraggono una società per cinque anni; Pietro vi mette due mila franchi: Paolo quattro mila; ma egli stipula che precapirà i due mila franchi dippiù prima della divisione: l'atto non contiene alcuna stipulazione relativamente alla parte de' socj nè guadagni e nelle perdite: bisogna dunque determinare in proporzione di ciò che si è conferito. Egli è evidente che non si può trattar Paolo come se avesse posti realmente quattro mila franchi nella società; poichè la società è stata sempre sua debitrice di due mila franchi; il suo fondo sarà dunque in prima di due mila franchi, più l'interesse di due mila franchi durante i cinque anni; in conseguenza di ciò sarà regolata la sua parte nè guadagni e nelle perdite. *Delvincourt. Corso sul codice civile vol.* 8. *nota* 21. e 22. *al tit.* 5.

§. 24. » **Il socio incaricato dell' ammini-
» strazione in forza di un patto speciale del
» contratto di società, può fare, non ostan-
» te l' opposizione degli altri socj, tutti gli
» atti che dipendono dalla sua amministra-
» zione; purchè ciò segua senza frode.**

» **Tale facoltà non può essere rivocata
» durante la società, senza una causa legit-
» tima: ma se sia stata accordata con un
» atto posteriore al contratto di società, sa-
» rà rivocabile come un semplice mandato.
» *Art.* 1728. *Leg. civ.***

» Alcune volte, ci fa riflettere Pothier, nel contratto di società si dà ad uno dei socj l'amministrazione de' beni e degli affari

sociali. I socj possono con questa clausola dare quei limiti e quella estensione che stimano a proposito a questo potere di amministrare ch'essi accordano ad uno fra loro.

» Questo potere, quando le parti non si sono spiegate, rinchiude riguardo a' beni ed agli affari della società, ciò che rinchiude usualmente una procura generale che una persona dà a taluno per l'amministrazione de' suoi beni: perchè quel socio cui si è data quest' amministrazione è come il procuratore generale de' suoi socj pei beni, ed affari della società.

» Secondo questo principio, un tale potere consiste in fare tutti gli atti e contratti necessarj per gli affari della società, come ricevere, e rilasciare quietanze relativamente a ciò che è dovuto alla società da' suoi debitori, di intentare contro di essi le procedure necessarie per procurarne il pagamento, di pagare ciò che è dovuto ai creditori della società, di fare i contratti cogli operaj e servi impiegati nel servizio della società, di fare le compre delle cose necessarie per gli affari della società, di vendere le cose dipendenti della società che sono destinate ad essere vendute, e non altre.

» Per esempio, in una società universale, quel socio a cui con una clausola del contratto, o con una convenzione susseguente si è data l'amministrazione della società, può vendere tutti i frutti provenienti dalla raccolta dei stabili dipendenti dalla società, i boschi da taglio quando sono in età di essere tagliati; ma non può vendere i stabili, nè gli altri beni immobili appartenenti alla società, e nemmeno i mobili che servono ad ornarli, quanto non siano di natura da degradarsi se venissero conservati. *Procurator totorum bonorum res domini neque mobiles neque immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus, aut alias res quae facile corrumpi possunt L.* 63 *D. de procurat. Pothier. Trat. della società vol.* 1. *n.* 66.

§. 25. « Quando più socj sono incaricati » di amministrare, senza che sieno determi» nate le loro funzioni, o senza che sia sta» to espresso che l'uno non possa agire sen» za l'altro, ciascuno di essi può fare se» paratamente tutti gli atti di tale ammini» strazione. *Art.* 1729. *Leg. civ.*

In questo caso, al dir di Ulpiano, ciascuno resta obbligato per quanto riguarda la sua amministrazione.

» Si plures sint magistri non divisis officiis (*idest non assignato cuique officio suo*) quodcumque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: *L.* 1. §. 6. *D. de exercitoria actione.*

§. 26. » Quando siasi pattuito che uno » degli amministratori non possa fare cosa » alcuna senza dell' altro, un solo non po» trà senza una nuova convenzione agire in » assenza dell' altro, anche quando costui » fosse nell' attuale impossibilità di concor» rere agli atti dell' amministrazione. *Art.* » 1730. *Leg. civ.*

La suprema corte di giustizia dettò la massima, che le credenze fatte da un socio nella vendita degli oggetti sociali senza l'intelligenza degli altri socj rimangono a carico del socio stesso, il quale resta tenuto innanzi alla società. Decisione de' 28 settembre 1824.

» *Fatto.* Con scrittura privata del dì 12 dicembre 1818 il signor D. Luigi Solimena, D. Giacomo Pietrosimone, e D. Giuseppe Nicola Fattore formarono una società diretta a comprare alcuni *neri* da ingrassarli poi con granone, e quindi rivenderli. In febbrajo 1819 fu in fatti eseguita la rivendita, ed il signor Solimena ritirò a conto del capitale sborzato per tale oggetto ducati 2700.

» Il signor Fattore dette posteriormente il conto, ed altro ne presentò il signor Pietrosimone. Nel primo si portò la perdita in ducati 788 oltre le credenze fatte nella vendita de' *neri* e nel secondo a ducati 450. Quindi fu che il signor Solimena adì il tribunale di commercio, chiedendo condannars' i suddetti Fattore, e Petrosimone a pagargli ducati 6529. 50 insieme cogl'interessi dal giorno del disborzo fattone. Ma compromessa poi la quistione a due arbitri, costoro ebbero per vero che le credenze erano state fatte senza il consenso del signor Solimena. Quindi condannarono i suddetti Pietrosimone e Fattore a pagare solidalmente al signor Solimena anche coll' arresto personale, non ostante appello, la somma di ducati 3679. 40;

residuo de' ducati 6529. 50. impiegati nell' acquisto de' *neri*, detratti ducati 2700 ricevuti, non che ducati 150 rata in ragion del terzo sulla perdita di ducati 450: e li condannarono anche agl' interessi sulla somma residuale alla ragione del 6. per 100. dal giorno 21. luglio 1819; epoca della dimanda, ed a quelli successivi sino all' estinzione del debito.

Contro questa sentenza il signor Solimena produsse appello, che intimò al domicilio eletto dal signor Fattore per lo giudizio in prima istanza. Nè appellò benanche il signor Pietosimone. Il signor Fattore ne appellò incidentemente, allegando tra l' altro, la nullità dell' appello del signor Solimena.

La gran corte civile con decisione de' 18 aprile 1823 senz'arrestarsi alla dedotta nullità, avocando il merito, condannò il signor Fattore a pagare anche coll' arresto personale al signor Solimena duc. 3566 83. insieme cogl' interessi al 6 per 100 dal dì 21. luglio 1819 sino all' effettiva soddisfazione, ed al signor Pietrosimone ducati 16. 46 insieme cogl' interessi alla stessa ragione dal giorno 8 aprile 1822 fino all' adempimento, da liquidarsi gli uni, e gli altri interessi per via di specifica qualora le parti non convenissero.

Il signor Fattore domandò di annullarsi la enunciata decisione per violazione degli art. 163. al n. 8. e 520 delle leg. di procedura, 27 e 57 delle leg. di eccezione, e 1310. 1155. 1153. 1724. 1729. 1089. e 1731. delle leggi civili.

Udito il rapporto; presenti gli avvocati D. Casimiro de Benedictis pel ricorrente, e D. Tommaso Bucci pe' convenuti; ed inteso il pubblico ministero che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero.

Vista la decisione: visto il ricorso;

Visti gli art. 155. 164. e 267. delle leg. di procedura.

Per ciocchè concerne l'interesse di Fattore col cavaliere Solimena.

Considerando che comunque non fu regolare l' appello del cavaliere Solimena intimato al signor Fattore nel domicilio eletto per lo giudizio in prima istanza; pure avendo esso appellato per incidente, venne così a riconoscere l'appello in principale. Oltreacciò, dacchè si difese poi nel merito, rimase anche in tal modo sanato il vizio, di cui la citazione potea dirsi affetta.

Sull' interesse col medesimo Solimena, e Pietrosimone.

Attesocchè la gran corte ha messo a carico del signor Fattore le credenze fatte nella vendita degli oggetti sociali per doppio motivo, e perchè eseguito non intesi i socj; e perchè le cambiali rilasciate da' debitori in testa al signor Fattore, rimasero pregiudicate, dacchè omise alla scadenza il potesto è trascurò di agire contro a' medesimi che divennero poi decotti. Ora astrazion fatta del primo motivo milita l' altro dubbio: avvegnacchè il procuratore, o il curatore che opportunamente non agisca, non va esente da sospetto *L. 44. D. mandati*, e fa suo il debito *periculum ad ipsum pertinet. L. 9. §. D. de administ: rerum ad civit. pertin.* La gran corte perciò mettendo a carico del signor Fattore il valore compreso nelle cambiali non esatte, lungi di aver violata la legge, le rese omaggio dovuto.

Attento che deciso del debito del signor Fattore pel danaro de' socj commercianti, si trova egualmente giusta la condanna degl' interessi dal giorno della dimanda giudiziale. Tanto è nella legge. Nè può il signor Fattore scansarne l' effetto, dacchè fu prima la istanza presentata nel tribunale di commercio; non presso gli arbitri a' termini dell' art. 60. leg. di eccezione. Gli atti nullamente fatti avanti il tribunale di commercio, restano a carico dell' attore. Ma non è men vero che ove il debitore interpellato a pagare non offre ciò che dee, è tenuto agl' interessi delle somme dovute. Anche perchè nella specie per la tardanza del protesto, nacque tanto il pregiudizio a credito come la mancanza degl' interessi, che ne sarebbero decorsi, prima dell' epoca del dare segnata dalla gran corte: sicchè il gravame dedotto a questo riguardo neppur si rinviene sussistente.

Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso libera il deposito alla

regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati 10 oltre il costo della spedizione.

» §. 27. In mancanza di speciali conven-
» zioni sul modo di amministrare si osserva-
» no le seguenti regole.

,, 1. Si presume che i socj abbiansi data
» reciprocamente la facoltà di amministrare
,, l' uno per l' altro. Il fatto di ciascuno è
,, valido anche per la parte de' consocj an-
,, corchè non abbia riportato il loro consen-
,, so; salvo a costoro, o ad uno di essi,
» il dritto di opporsi alla operazione, prima
,, che sia terminata.

,, 2. Ciascun socio può servirsi delle co-
,, se appartenenti alla società, purchè le
,, impieghi secondo la loro destinazione fis-
,, sata dall' uso, e non se ne serva contro
,, l' interesse della società o in modo che
,, impedisca a' suoi socj di servirsene secondo
,, il loro dritto.

,, 3. Ciascun socio ha dritto di obbligare
,, i consocj a concorrere con esso alle spese
,, necessarie per la conservazione delle cose
,, della società.

,, 4. Uno de' socj non può fare innova-
,, zioni sopra gl' immobili dipendenti dalla
,, società, ancorchè le creda vantaggiose al-
,, la stessa, se gli altri socj non vi accon-
,, sentono. *Art.* 1731. *leg. civ.*

,, Il principio del numero 1. di questo articolo, osserva Maleville ,, è conforme alla *leg.* 24. *D. de institoria actione* in virtù di cui i socj si riguardano scambievolmente come agenti e cooperatori l'uno dell'altro. *Si alienus servus communi merci praepositus sit, nam adversus utrunque actio insolidum dari debet; et quod quisque praesiterit, ejus partem societatis, vel comuni dividundo judicio consequatur.* Il socio però non poteva nè alienare, nè dare a prestito più della quota, che a lui spettava nella cosa comune. *Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam facit, licet caeteri dissenserit. Quod si communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi caeteri quoque consentiant; quia suae partis tantum alienationem habuit. L.* 16. *D. de rebus creditis.*

,, Un' altro principio di queste leggi era che *prohibendi potius quam faciendi jus est in socio L.* 11. *D. si servit. vind. Nam in re pari potior est conditio prohibendis L.* 28. *D. communi divid.*

» Li medesimi principj servono di base ai numeri 1. 3. e 4. Riguardo al numero 2. insegnano gli autori che il comproprietario di una casa, quando non voglia occuparne che la sua porzione ha dritto di abitarvi, benchè tale non sia il valore de' suoi socj, e questo sembrami giusto. Li medesimi autori aggiungono, che questi debba essere anteposto ad una terza persona se si offra di pagare la porzione degli altri, purchè non si abbia l' uso di dare a fitto la casa.

» Alla decisione che si legge nel numero 1 dell' articolo, precedette una sentenza della sezione civile del 25 piovoso anno 12 nella controversia seguente.

» Lange conproprietario per indiviso della terra di Suscino aveva congedato Marcou che era il fittajuolo. Marcou si oppose allegando che il solo Lange non poteva farlo. Il tribunale di Vannes giudicò a favore di Lange. Quello d' appello di Rennes pronunciò contraria sentenza.

» Lange ricorse in Cassazione. Considerando questa che Lange era conproprietario per indiviso della terra di Suscino; che i socj suoi non avevano addotto nulla in contrario contra il congedo del fittajuolo, e che Marcou non li aveva nemmeno citati in causa, cassò il giudizio del tribunale d'appello di Rennes. *Maleville Osservazione all' articolo* 1859 *del cod. civ.*

In riguardo al numero 4 del presente articolo riflettiamo poi con Domat che » i socj non possono fare nella cosa comune più di quello, che è loro ordinato e permesso da tutti. E se un socio voglia intraprendere qualche cangiamento, ciascuno degli altri può impedirglielo. Poichè tra persone, che hanno il medesimo dritto e quelli, che non vogliono soffrire una novità hanno più ragione per impedirla di coloro che la intraprendono per volere innovare. Ma se il cangiamento che ha fatto un socio sia stato fatto sotto gli occhi degli altri e questi l'abbiano sofferto, non potranno lagnarsene, quando anche fosse loro svantaggiose. *Sabinus in re communi ne-*

minem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi jus esse. In re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed et si in comuni prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest si cum prohibere poterat hoc praetermisit. L. 28. D. com. div. Sin autem facienti consensit nec pro damno habet actionem d. L. Domat leg. civ. vol. 3. *n.* 21.

» §. 28. Il socio che non è amministra-
,, tore, non può alienare nè obbligare le
,, cose, benchè mobili, le quali dipendono
,, dalla società. *Art.* 1732. *leg. civ.*

La massima è dettata da Cajo.

,, Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare etsi totorum bonorum socii sint. *L.* 69. *D. pro socio.*

Casus Si plures sint socii, et omnium bonorum, nemo ex eis poterit alienare nisi partem suam. *Vivianus.*

,, §. 29. È nella facoltà di ciascuno de'socj
,, di associarsi senza il consenso degli altri
,, una terza persona relativamente alla porzione
,, che egli ha nella società. Non può
,, senza tal consenso ammetterla nella so-
,, cietà, ancorchè ne abbia l'amministrazio-
,, ne. *Art.* 1733. *Leg. civ.*

Ulpiano su li medesimi principj addita il caso di quel socio che ammettendo un altro nella società debba intendersi che questo è soltanto il suo socio, ed egli è tenuto del fatto di costui innanzi agli altri socj.

,, Qui admittitur socius ei tantum socius est, qui admisit, et recte. Cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non poterit, quem ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus eum admisit? ei soli socius est. *L.* 19. *D. pro socio.*

Casus. Duo erant socii, alter admisit alium socium sine voluntate alterius: dicitur quod illius qui admisit socius est; alterius non; nam socius mei socii non est meus socius. Sed si ipse aliquid consecutus fuerit a societate communicabit cum illo qui illum admisit, et ille nobis praestabit factum suum, et etiam illi praestabit factum sociorum. Unde certum est quod nihilominus tenetur, quamvis primo non agitur inter assumentem, et assumptum antequam agatur inter socios. Dubitat Pomponius an teneatur socius mandati actione propter assumptum, et non teneatur in plus quam facere potest an teneatur solidum? et dicitur quod in solidum, quia culpa sua admissum est. Sed quaeritur utrum commodum quod per assumptum obvenit propter damnum ejus culpa datum in societatem compensandum sit? et responde quod sic. Sed corrigit Marcellus, neque compensabitur; nam si alter ex dominis servum societati praeposuit idem erit; sed si alienum servum ambo socii praeposuerunt, non tenebitur dominus in solidum, sed de peculio. *Vivianus.*

Delle obbligazioni de' socj verso i terzi.

» §. 30. Nelle società, escluse quelle di
,, commercio, i socj non sono obbligati so-
,, lidalmente pe' debiti sociali: ed uno de'so-
,, cj non può obbligare gli altri, se costoro
,, non gliene abbiano accordata la facoltà.
,, *Art.* 1734. *Leg. civ.*

,, Quelle che riguardano le società straniere al commercio, meno estese, meno severe,, dicea Boutteville ,, si trovano comprese in queste due semplicissime nozioni; che non vi è mai solidità nelle obbligazioni se non in conseguenza di una stipulazione espressa: che ogni convenzione obbliga solamente coloro i quali l'han formata, e che si presume di conoscerne legalmente la condizione.

» Non vi è dunque solidalità tra i socj nelle società estranee al commercio. L'obbligazione di un solo non impegna gli altri se non ne ha ricevuto dai suoi socj espressamente la facoltà. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 76.

» Per ben intendere questa disposizione » dicono inoltre gli autori delle pandette francesi » bisogna conferirla coll'articolo 1859 (1731) riferito di sopra, il di cui 1.° §. porta che i socj sono riputati, in mancanza di convenzione espressa, essersi dati rispettivamente la facoltà di amministrare l'uno per l'altro.

» Ne siegue che la facoltà di cui si è parlato nell'articolo che noi esaminiamo non è necessaria che per obbligare i socj verso i

terzi coi quali uno di essi ha contratto, ma non per obbligarli verso di questo.

» Quindi quando non vi è facoltà espressa, il trattato che fa uno de' socj con un terzo non obbliga che lui stesso in faccia a questo terzo, il quale non ha azione che contra il socio con cui ha contrattato. Egli non ne ha alcuna in faccia agli altri. Ma i socj sono obbligati verso colui che ha agito, il quale ha un azione contro di essi per costringerli a contribuire alla soddisfazione dell'obbligo che ha contratto per la società, perchè è riputato avere una tacita facoltà.

» Questo è ciò che risulta dagli articoli 1850 e 1852 (1722 e 1724) riportati di sopra coi quali questo si troverebbe in contraddizione se s'intendesse in una maniera assoluta.

» Ma quando il socio che ha agito aveva una facoltà formale di amministrare sia dal contratto stesso di società, sia da un atto posteriore, egli obbliga tutti i suoi consocj verso il terzo col quale tratta, e questi ha un' azione diretta contro di essi, ognuno per la loro parte virile. *Osservaz. all' art.* 1862. *del cod. civ.*

» §. 31. I socj sono obbligati verso il cre-
» ditore col quale hanno contrattato, ciascu-
» no per una somma e parte eguale, ancor-
» chè uno di essi avesse in società una por-
» zione minore, se il contratto non abbia spe-
» cialmente ristretta l'obbligazione di costui
» in ragione della minor porzione. *Art.* 1735.
» *Leg. civ.*

» In tutti i casi » dice Delvincourt » i socj sono tra di loro tenuti nelle proporzioni determinate dall' atto di società. La ragione della differenza si è che il creditore si reputa d'ignorare le disposizioni di questo atto sino a che sia provato di averne avuta conoscenza. Conviene adunque in questi casi ricorrere ai principj generali delle obbligazioni, secondo i quali in una obbligazione divisibile contratta da più persone senza solidalità, ciascuna di esse è obbligata per una parte uguale. Non può la stessa ragione applicarsi ai socj tra loro.

» Ma il creditore, se volesse, potrebbe domandare a ciascun socio la sua parte tal quale è determinata nell'atto di società? Penserei affermativamente; tanto più che il presente articolo, secondo la sua redazione sembra fatto unicamente nell'interesse del creditore, e per togliere al socio il dritto di poter opporre per tal motivo alcuna eccezione al creditore; mentre egli non dovrebbe che una parte minore nel debito. Può dunque il creditore rinunciare al beneficio di questo articolo, e dichiarare che egli ha avuto conoscenza dell'atto di società; e che ha contrattato nei termini di questo atto. *Delvincourt. Corso del cod. civ. tomo* 8. *nota* 33. *al tit.* 5. *lib.* 4.

» §. 32. La stipulazione esprimente che l'
» obbligazione si è contratta per conto so-
» ciale, obbliga soltanto il socio che ha con-
» trattato, e non gli altri: purchè costoro
» non gliene abbiano data la facoltà o che
» la cosa non siasi convertita in utile della
» società. *Art.* 1736. *Leg. civ.*

Opportunamente convien riflettere con Boutteville su queste disposizioni che » il socio il quale, contraendo senza aver la facoltà de' suoi socj, dichiara di trattare per conto della società, resta egli solo obbligato, e non vincola gli altri che in quanto l'obbligazione sarebbe ridondata in vantaggio della società. Queste disposizioni non sono che l'applicazione dei principj conosciutissimi, e già consagrati. Che cosa è in fatti la legislazione relativa ai contratti? Quali obbligazioni può imporre alle parti in fuori di quelle che nascono dalla di loro propria volontà e dalla natura stessa delle cose? Lo scopo del legislatore non è sempre di ricondurli alla legge che si han fatto, alla buona fede che si debbono, ed alla ragione alla quale troppo spesso si oppongono, ma che ancora qualche volta impreveduti avvenimenti rendono difficili ad intendere? *Esposizione de' motivi sul codice civile n.* 76.

La suprema corte di giustizia con decisione de' 21 luglio 1825 dichiarò, che un debito risultante da un conto di società già disciolta tostocchè cade nel dubbio sul modo della soddisfazione, non dà motivo a liquidarsi con specifica tutto ciò che possa dipendere dai fondi sociali.

» *Fatto*. Con atto de' 3 marzo 1819 D. Gio: Reale chiamò avanti al giudice del cir-

condario di Trecchina D. Alessandro Fasanaro per essere condannato a pagargli ducati 297 91 per tanti, che disse avergli somministrato in diverse volte. All'udienza di quel giudice il convenuto non solo riconobbe il chiesto debito, ma ancora altre partite somministrategli nella somma di ducati 89 32. Soggiunse bensì, che tutto ciò era il risultato di un conteggio di grano tenuto in Calabria fatto in società col signor Giuseppe Fasanaro per conto di esso convenuto: che in aprile 1815 egli vendè quel grano al Fornisore signor Ravelli, da cui ricevè due mandati sopra il ricevitore generale di Monteleone, uno di ducati 410, che gli fu prontamente soddisfatto, e l'altro di ducati 1140 che non fu estinto, ma ottenne in vece due borderò ciascuno di ducati 570; uno de' quali apparteneva all'attore Reale in soddisfazione de' ducati 387 e grani 33.

» Quel giudice con sentenza de' 29 dello stesso mese di marzo, confermata poi in grado di appello dal tribunale civile di Potenza, con sentenza de' 13 marzo 1820 si dichiarò incompetente.

» Il signor Reale adì il tribunale suddetto per la intera somma de' ducati 387; e grani 33. Questi ritenne la confessione del Fasanaro, la società per la compra, e vendita de' grani, la ricezione de' mandati, e che pel non seguito pagamento del mandato di ducati 1140 la ricevitoria generale rilasciò i due accennati borderò. Opinò poi, che il suddetto signor Fasanaro aver dovea il peso della riscossione del danaro. Quindi con sentenza de' 18 dicembre del suddetto anno 1820 condannò il Fasanaro a pagare all' attore la somma di ducati 387 33 dopo che però gli fosse stato pagato il borderò della tesoreria generale, mettendone a cura, e diligenza dello stesso Fasanaro la riscossione. Di tal sentenza appellò il signor Fasanaro in principale, ed il signor Reale produsse appello incidente.

La gran corte civile di Napoli con decisione de' 14 marzo 1823 dichiarò di esservi stato tra i signori Fasanaro, e Reale società per compra, e vendita di grani nella partecipazione di metà per ciascuno: che quindi il signor Reale era tenuto al compimento de' fondi sociali in favore dell' altro socio signor Fasanaro nella fissata proporzione; e che il borderò di pagamento in ducati 1140 fosse di comune spettanza, ed a carico di entrambi il dovere di riscuoterlo. Finalmente ordinò, che a cura della parte più diligente, e sulle basi delle riferite dichiarazioni si formasse la specifica, dopo della quale la stessa gran corte si riservò di provvedere.

» Contro questa decisione il signor Reale si provvide di ricorso nella corte suprema di giustizia, allegando: 1.° Che la gran corte civile avendo ammessa in fatto la società tra lui, e'l signor Fasanaro dovea rimettere la causa al tribunale di commercio a' termini degli articoli 1. 3. 610 e 612 delle leg. di eccezione: 2.° Che si era violato l'articolo 60 delle stesse leggi, poichè trattandosi di controversia tra socj, e per motivo di società il giudizio spedir si doveva per mezzo degli arbitri, e non già per via di specifica: 3.° Che giusta gli articoli 187 135 136, e 137 delle stesse leggi il mandato di cui si tratta, dovendosi riputare come un biglietto all'ordine, era perciò soggetto a tutte le formalità ingiunte per le lettere di cambio; e che in conseguenza non contenendo il medesimo nè data, nè gira, doveva considerarsi tuttavia di proprietà del signor Ravelli, e non già dichiararsene la spettanza a favore del ricorrente, e del signor Fasanaro: 4.° Finalmente, che si erano violati gli articoli 160, e 162 delle dette leggi coll'essersi obbligato il ricorrente a riconoscere, e ricevere un' ordine, a cui il signor Fasanaro aveva recato pregiudizio col fatto proprio, dacchè scadendo il pagamento del mandato suddetto al primo maggio dell' anno 1815, il signor Fasanaro non solo non ne aveva procurata la esazione, ma non si era nemmeno protestata.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Errico del Prete pel ricorrente, e D. Domenico de Liguoro pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso all'annullamento della decisione impugnata.

» **La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.**

» **Vista la decisione: visto il ricorso.**

» Considerando, che innanzi al giudice del circondario erasi tra le parti convenuto di essere esistita tra essi una società in partecipazione per compra, e smaltimento di certa quantità di grano, e ch' erasi egualmente convenuto il rispettivo avere de' socj, e solo erasi fissato il dubbio se il signor Reale dovess' essere soddisfatto del suo avere di proprio danaro del socio, o coll' esazione del mandato intercettato nella reale tesoreria.

» Considerando, che questa disputa non fu da quel giudice decisa, perchè si credette giustamente incompetente per ragione della somma bonariamente liquidata.

» Considerando, che questa incompetenza fu giudicata dal tribunale civile della Provincia in grado di appello prodotto; per cui a nuova istanza del signor Reale, fu dallo stesso tribunale quindi con sua sentenza condannato il signor Fasanaro al pagamento della somma quando si fosse esatto il mandato; incaricandosi dell' esazione lo stesso signor Fasanaro; e riserbandosi in difetto di provvedere come di dritto.

» Dalle cennate considerazioni la corte osserva, che in forza de' rispettivi appelli prodotti da' contendenti la corte giudicatrice non dovea conoscere di altro, che del modo del pagamento del già assicurato credito del signor Reale, e se anche esso dovea concorrere alla riscossione del mandato dalla reale tesoreria, per cui non fece bene di pronunciar l'esistenza della società, e di procedere oltre alla formazione de' fondi, ed ordinare la specifica per li risultati, entrando così in quello, di che non si era fatta nè domanda, nè contestazione, giacch' era bonariamente risoluto col verbale fatto innanzi al giudice del circondario, di cui erasi opportunamente adito il tribunale civile.

» Considerando, che in ciò fare la corte giudicatrice eccedette dalli suoi poteri, ed in un certo modo entrò in una controversia, che non sarebbe stata di sua competenza a tenor della legge.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato antecedente alla medesima, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirs' il deposito.

Delle diverse maniere con cui finisce la società.

,, §. 34. La società finisce

,, 1. per lo spirare del tempo pel quale ,, fu contratta:

,, 2. per le estinzione della cosa, o pel ,, compimento della negoziazione:

,, 3. per la morte di alcuno de' socj:

,, 4. per la condanna a pena perpetua, ,, per la interdizione e per la decozione di ,, alcuno di essi:

,, 5. per la volontà espressa da uno o più ,, socj di non voler continuare la società: ,, *Art.* 1737. *Leg. civ.*

Presso a poco Modestino stabilì li medesimi motivi per termine della società.

,, Dissociamur renuntiatione, morte (*scil. naturali item civili*), maxima capitis minutione, et egestate (*scil. incidente: ut si quis ex sociis bonis cesserit*) *L.* 4. §. 2. *D. pro socio.*

D' altronde Ulpiano ammette lo scioglimento della società in rapporto alle persone, alla volontà, ed all' azione, vale a dire per la morte, o condanna di alcuno de' socj; per la perdita della cosa messa in società; pel volontario scioglimento del contratto, e pel cambiamento dell' oggetto dell' società avvenuto per mezzo di convenzione, o di giudizio, come soggiunge poi Paolo con la legge susseguente.

,, Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione: ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio (*id. obligatio*) interierit distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima, aut media capitis diminutione, morte. Res vero cum aut nullae relinquantur, aut conditionem mutaverint. Neque enim ejus rei quae jam nulla sit quisquam socius est, neque ejus, quae consecrata, publicatave sit. Voluntate distrahitur societas, et renunciatione *L.* 64. §. *ult. D. pro socio.*

,, Actione distrahitur cum aut stipulatione (*animo novandi facta vel ab eo, vel ab*

alio), aut judicio (*scilicet agendo contra alium animo novandi. Nam cum eo agendo renunciare societati videtur*) mutata sit causa societatis. *L.* 66. §. 1. *D. cod.*

,, §. 35. La proroga di una società contratta per tempo determinato non può provarsi se non per mezzo di scrittura rivestita delle stesse forme del contratto sociale. *Art.* 1738. *L. civ.*

La ipotesi di questo articolo è relativa ad una società già non più esistente in ragione del tempo decorso, che ha resa estinta la società. Qualunque sia perciò la novella convenzione, per prorogarsi la società disciolta, questa non può aver luogo anche tacitamente. Ella conviene che sia scritta, e che conservi nell' atto in cui si contiene le formalità medesime dell' atto precedente. Ma nel caso che la società disciolta sia stata stipulata con scrittura autentica, ed i socj volessero prorogare la società medesima con scrittura privata, questa seconda convenzione è riconosciuta valida dalla legge? Parrebbe a primo aspetto che no. L'essersi detto che la proroga non può provarsi se non per mezzo di *scrittura rivestita delle stesse forme del contratto sociale*, queste particolari espressioni farebbero dichiarar per erronea ogni altra contraria intelligenza. Ma lungi dal rigore della interpetrazione su le parole enunciate, ci uniformiamo al parere, appresso riportato, degli autori delle pandette francesi. Quando li stessi socj sono concordi a segnare una privata scrittura, con cui unanimamente dichiarino la proroga della loro società su le medesime basi, e colle medesime condizioni espresse nell' atto precedente, è compiuto il voto della legge. Quindi una privata scrittura è bastante per dimostrare la società prorogata Vedi il §. 3.

» La corte suprema di Tolosa, dicono gli autori delle pandette francesi, ha detto nelle sue osservazioni che la proroga dovrebbe risultare dalla continuazione di commercio, e dal voto unanime delle parti.

,, Ma questo voto debb' essere comprovato per iscritto; perchè la società essendo terminata col tempo pel quale era stata formata, la proroga n'è una nuova. Questa non può essere l' oggetto di una difficoltà.

,, Non può esservene che nelle forme di cui parla questo articolo. È sicuro che l'atto della società diverso da quello di commercio non è soggetto ad alcuna forma particolare. Basta che la sua esistenza sia provata per iscritto, siasi questo di qualunque natura autentico, o privato.

,, Non bisogna dunque prendere il vocabolo *forma* in un senso rigoroso. Quantunque non vi sia un nuovo atto, se viene provato in iscritto che i socj sono restati in società, questa continua colle medesime clausole, e condizioni, ed allora non si scioglie che colle altre causole le quali operano lo scioglimento di qualunque associazione. Ben inteso però che bisogna che lo scritto col quale si vuole stabilire la continuazione della società sia emanato da tutti i socj, perchè la loro volontà comune è necessaria. *Osservaz. all' art.* 1866. *del cod. civ.*

,, §. 36. Quando uno de' socj ha promesso di mettere in comunione la proprietà di una cosa, se questa venga a perire prima che sia stata realmente conferita, ne deriva lo scioglimento della società riguardo a tutti i socj.

,, La società resta sciolta egualmente in qualunque caso per la perdita della cosa, quando la sola percezione de' frutti siasi posta in comunione, e la proprietà sia rimasta presso del socio.

,, Ma la società non è sciolta per la perdita della cosa, la cui proprietà fu già conferita nella società. *Art.* 1739 *Leg. civ.*

Su lo scioglimento della società che avviene allorchè la proprietà di una cosa, già promesso di mettersi in comune, perisca pria di conferirsi, osserviamo con Delvincourt ,, che la promessa di consegnare una cosa nel soggetto caso non ne trasferisce la proprietà, il che formalmente è contrario all' art. 1138 (1092. Leg. civ.). Non veggo che un mezzo da conciliare tale contraddizione; cioè: Quando questo articolo decide, che la promessa di consegnare trasferisce la proprietà, suppone chiaramente che colui il quale ha fatto la promessa di una cosa, era proprietario della cosa stessa. Non può dunque applicarsi a verun altro. Or chi vieta supporre, che nell' articolo in esame si tratti del caso in cui la cosa promessa non appartenga nel-

l'atto del contratto al socio che si è obbligato di consegnarla? Così Pietro e Paolo sanno che dee giungere a Bordò ed a Marsiglia due carichi di oggetti facili a smaltirsi con vantaggio: Pietro si obbliga di comprare quello di Bordò, Paolo quello di Marsiglia, e si obbligano di metterli in comune per dividerne gli utili. Il carico di Bordò perisce per fortuna di mare prima che Pietro abbia potuto acquistarlo. In questo caso trovandosi Pietro nella impossibilità di effettuare la sua promessa, la società è sciolta, ed egli non ha alcun dritto a pretendere sul carico di Marsiglia.

,, Se al contrario fossero stati proprietarj nel momento del contratto ciascuno del carico promesso, allora per effetto della sola promessa la proprietà sarebbe stata trasferita alla società, e Pietro non avrebbe avuto meno il dritto di reclamare la metà degli utili del carico di Marsiglia. *Delvincourt. Corso del cod. civ. nota* 67. *al tit.* 5. *Vol.* 8.

,, §. 37. Quando siasi stipulato che in ca-
,, so di morte di uno de' socj la società deb-
,, ba continuare col suo erede, ovvero, che
,, debba soltanto continuare fra socj super-
,, stiti, tali disposizioni dovranno eseguirsi.
,, Nel secondo caso l'erede del defunto non
,, ha dritto se non alla divisione della socie-
,, tà, avuto riguardo alla situazione in cui
,, la società si trovava nel tempo della mor-
,, te del socio; e non partecipa de' dritti
,, ulteriori, se non in quanto sieno essi una
,, conseguenza necessaria delle operazioni fat-
,, te prima della morte del socio al quale
,, succede. *Art.* 1740. *Leg. civ.*

» Alcuni romani giureconsulti » espose il tribuno Boutteville » pensavano che i socj non possono convenire che morendo uno di essi, continui la società tra i socj sopravviventi; ma tutti decidevano di unanime consenso che i socj non possono stipulare la continuazione della società coll' erede del socio defunto.

» Noi lo confessiamo: con molto dispiacere ci allontaniamo dalla romana legislazione su i contratti: ma dobbiamo alle loro leggi un rispetto tale fino ad abbracciarne tutte le decisioni. E quella dalla quale il progetto si è allontanato nasce in fatti, come si è preteso, dall' essenza del contratto di società? se così fosse il principio non sarebbe inflessibile? avrebbe potuto farsene una sola eccezione?

» È certo intanto che i romani ne ammettevano una per le società le quali avevano per oggetto la percezione delle pubbliche rendite *exceptis societatibus vectigalium*; cioè essi medesimi riconoscevano che la stipulazione non era contra l'essenza della società. Ora le stipulazioni contra i costumi o contra l'essenza de' contratti sono le sole che può la legislazione vietare.

» Coloro i quali contraggono una società non possono avere de' motivi potenti da desiderare, che la loro società, la loro intrapresa, sieno seguite dai loro eredi? Costoro non avranno la facoltà annessa alla società, la di cui durata non ha limiti, di far cessare la propria, quando i loro interessi lo esigeranno. Queste ragioni sono credute da Pothier, e dai redattori del progetto degne di essere preferite a quelle dei giureconsulti romani.

» Potranno dunque i socj stipulare che nel caso della morte di uno di essi, la società continuerà coll'erede o solo fra i socj sopravviventi.

» Se si limiti a questa seconda stipulazione l'erede non sarà un socio: prenderà la società nello stato in cui si troverà nel tempo della morte del suo autore, e non avrà dritto alcuno che su i lucri fatti antecedentemente a quest' epoca. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 79.

» Quantunque l'erede, al dir poi di Domat, entri in tutti i dritti di colui al quale succede *Heredem ejusdem potestatis, jurisque esse cujus fuit defunctus constat L.* 59. *D. de reg. jur*, l'erede di un socio nondimeno non essendo socio, non ha dritto di essere considerato come tale. Così chi succede al socio che aveva il carico di tenere il libro della società o di fare le incette, o di maneggiare altri affari, non può ingerirsi in tali cose. Ma sebbene l'erede non abbia la qualità di socio, egli è, rispetto agli altri socj, come sono tra loro quelli che hanno qualche cosa in comune senza convenzione. Lo che gli dà dritto di essere consapevole di ciò che si tratta nella società, e di farsene render

conto per la conservazione del suo interesse. E finalmente entra nei dritti e nelle obbligazioni che dipendono dalla semplice qualità di erede. *Licet enim heres socius non sit, attamen emolumenti successor est L.* 63. §. *D. pro socio Domat. Leggi civili tomo* 3. *tit.* 8. *n.* 1.

» §. 38. Lo scioglimento della società per » volontà di una delle parti ha luogo soltan- » to in quelle società la cui durata sia senza » limite; e si effettua mediante una rinun- » zia notificata a tutti i socj, purchè tale ri- » nunzia sia fatta in buona fede, e non fuo- » ri di tempo. *Art.* 1741. *Leg. civ.*

Li medesimi principj sono adottati da Cujacio nella corrispondente questione, che imprende a trattare.

» Si unus tantum ex sociis renuntiaverit societati, si unus ex sociis velit a societate recedere an dissolvitur societas? an unius renuntiatione, sicut unius morte? Et hac in re Paulus docet utendum esse distinctione, quandoquidem si tempestive et bona fide societati renuntiavit, nec deinceps ceteri ei quod compendii fecerint communicare teneatur, nec ipse ceteris. Detrimenta etiam ab eis facta non erunt communia: et omnino utrinque ab obligatione societatis contingit liberatio. Sed si dolo malo (haec est altera pars distinctionis) et fraudis consilio unus renuntiavit societati, socios a se, non a sociis liberat, et quod ei postea lucri obvenerit communicare cogitur; detrimentum vero solius ejus est. Et ex diverso quod ceteri socii adquisierint, ad eos solos pertinet. Quod damnum autem fecerint commune est inter eos, et illum qui societati dolo malo renuntiavit. *Cujacii Comment. in lib.* 32. *Pauli ad edictum ad* §. *Diximus L.* 65. *Pro socio.*

» Se si è omesso di notificare la rinuncia ad un solo, la società » dice Delvincourt » continua rispetto a lui non solo col rinunziante, ma pure con quelli cui fu notificata la rinuncia. Questa decisione può sembrare straordinaria. In fatti, dirassi, coloro a' quali fu fatta la notifica han dovuto contare che la società era disciolta: or come l'omissione fatta dal socio rinunziante può far continuare anche con loro una società che dovevan essi riguardare come finita? Io credo che si possa vittoriosamente rispondere a questa objezione, riflettendosi che non vi è strada di mezzo: bisogna che la società sia tutto affatto sciolta, o che interamente esista riguardo a tutti. Ora non si può riguardarla disciolta rispetto a colui che non è stato notificato. D'altronde può rigorosamente sostenersi che gli altri socj instruiti della rinunzia, attesa la notifica loro fatta, debbono imputare a se stessi di non essersi assicurati che questa notifica fosse stata fatta a tutti i socj, o in caso di dubbio, non considerarla fatta neppure per essi. Non si può far lo stesso rimprovero al socio che ha totalmente ignorato la rinunzia. Quindi supponendo ogni cosa eguale, l'equità richiede che si decida in suo favore.

» Pur vi rimane un' altra quistione. La legge 17. §. 1. *D. pro socio* decideva che in mancanza di notifica della rinunzia, la società continuava nel senso che se vi era guadagno, il socio al quale non era stato notificato poteva solo prendervi parte; ma che se vi era perdita egli non era tenuto a contribuirvi. Avrebbe tra noi luogo la stessa disposizione? Il codice nulla ne dice. Nulladimeno io penso che dovrebb' essere adottata, non come particolarmente relativa alla società, ma come una conseguenza necessaria de' principj generali del dritto. In fatti uno di questi principj è che niuno può trar vantaggio dalla colpa che ha commessa, per darsi un dritto ch' egli non avrebbe senza questa colpa. Risulta da ciò che il dritto di domandar la continuazione della società è personale, ed in facoltà sola di colui al quale non fu notificata la rinunzia; e che s'egli non vuole esercitarla, non può questa continuazione esser domandata dal rinunciante che ha omesso di notificare, nè dagli altri socj ai quali fu notificata la rinuncia. Posti questi principj la disposizione del roman dritto n'è, come diceva, la necessaria conseguenza. In fatti se vi è guadagno la società continuerà perchè allora il socio non notificato ha interesse a domandare, e domanderà effettivamente la continuazione. Per la ragione contraria, se vi è perdita, egli ha interesse di non domandarla, ed effettivamente non la domanderà, e siccome tal continuazione non può essere che

da lui domandata, ne seguirà che la società si reputerà sciolta dal giorno della notifica della rinunzia. *Delvincourt. Corso del codice civile vol.* 8. *nota* 75. *al tit.* 5.

» §. 39. La rinuncia non è di buona fe» de, quando il socio rinunzia per appropriar» si egli solo il guadagno che i socj si ave» van proposto di ritrarre in comune.

» Essa è fatta fuori di tempo, quando le » cose non sono più nella loro integrità, e » l'interesse della società esige che ne ven» ga differito lo scioglimento. *Art.* 1742. » *Leg. civ.*

Paolo offre l'esempio di un dritto di proprietà, che si acquista su gli oggetti sociali nel momento che la società incomincia, e vi si rinuncia nel tempo in cui non nè conviene farsi la vendita; in questo caso, egli dice, il socio rinunziante è tenuto di stare a tutti gli avvenimenti cui il dritto di proprietà di quegli oggetti in comune possa soggiacere.

» Si emimus mancipia inita societate; deinde renuncies mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit; hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio judicio. Proculus hoc ita verum esse (*scilicet, ut agam nomine renunciationis si hoc mihi nocet, et in commune non prodest: sed si societatis intersit abire praefertur utilitas communis privatae*) ait si societatis intersit, non dirimi societatem. Semper enim non id quod privatim interest unius est sociis servari solet, sed quod societati expedit. Haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit. Item qui societatem in tempus coiit, ante tempus eam renunciando, socium a se, non se a socio liberat. *L.* 66. §. 5. *D, pro socio.*

» Il socio che si ritira dalla società con disegno di mala fede, dice Domat, disobbliga gli altri rispetto a lui, ma non disobbliga se stesso rispetto agli altri. Così colui che rinunziasse alla società universale di tutt' i beni presenti, e futuri per avere egli solo una successione che gli venisse a ricadere, soffrirebbe la perdita intera, se la successione che egli solo avesse ricevuta, si trovasse gravosa, ma non priverebbe gli altri del profitto, se ve ne fosse, e se volessero avervi parte. Ed in generale se un socio rinunzia in un contratempo che faccia perdere qualche profitto alla società, o le cagioni qualche perdita, ne sarà egli tenuto, come se ne uscisse prima del tempo che dee durare la società, abbandonando un affare di cui era incaricato. E chi lascia in questa guisa la società non avrà parte nei profitti che potranno in appresso seguire, ma l'avrà nelle perdite che potranno accadere, in quella maniera stessa che sarebbe stato tenuto a soffrirle se non avesse abbandonata la società. *Domat. Leggi civ. Tomo* 3. *tit.* 8. *Sez.* 5. *numero* 3.

» §. 40. Lo scioglimento della società fat» ta per tempo determinato non può diman» darsi da uno de' socj prima che sia spira» to il termine stabilito, se non quando vi » fossero de' giusti motivi: come nel caso » che uno de' socj mancasse a' suoi impe» gni, o che una malattia abituale lo ren» desse inabile per gli affari sociali, o in » altri casi consimili, la legittimità e gravi» tà de' quali sono lasciate all' arbitrio de' » giudici. *Art.* 1793. *Leg. civ.*

» Covenendo i socj, osserva Pothier, del tempo che le società contratte debbono durare, si reputa, che abbiano convenuto di non scioglierle prima; per cui uno di essi non può senza giusto motivo sciogliere la società prima del tempo in pregiudizio de' suoi socj. *Qui societatem in tempus coit, et ante tempus eam renuntiando socium a se, non se a socio liberat L.* 65. §. 6. *D. pro socio.*

» Ma se il socio ha un giusto motivo di lasciare la società prima del tempo, la sua rinunzia notificata agli altri socj è valida, e scioglie la società; il che ha luogo quando anche vi fosse una clausola espressa nel contratto di società, che i socj non possono desistere dalla società prima del tempo. Perciò osserva Papiniano, che una tale clausola è superflua, perchè quando anche non fosse stata espressa, uno de' socj non può desistere dalla società prima del tempo, se non ne ha giusto motivo; e quando ne abbia giusto motivo, questa clausola non gl' impedisce di desistervi. *Quid si convenit ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scribit frustra hoc convenire; nam etsi non convenerit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse*

pro socio actionem; *sed etsi convenit ne intra certum tempus abeatur*, *et ante tempus renuntiatur*; *potest rationem habere renuntiatio L.* 14. *D. pro socio.*

» Ulpiano riporta varj esempj di questi motivi, che un socio può avere per rinunziare prima del tempo; cioè se il suo socio non esegue riguardo a lui le condizioni della società; se può provare che il suo socio ricusa di lasciargli godere la cosa comune, o se può provare la cattiva condotta del suo socio nell' amministrazione degli affari sociali. *Non tenebitur pro socio*, *qui ideo renuntiavit*, *quia conditio quaedam sub qua societas erat coita non praestatur*; *aut quid si ita injuriosus aut damnosus socius sit ut non expediat eum pati. L.* 14. *D. pro socio.*

» Un socio ha pure un giusto motivo di rinunziare alla società prima del tempo quando essendo obbligato ad essere assente lungo tempo per servizio dello stato, egli non può più vegliare sugli affari della società; a meno che gli affari sociali non fossero tali da non aver bisogno della sua presenza. *Idemque erit dicendum si socius renuntiaverit societati*, *qui reipublicae causa diu et invitus sit abfuturus. L.* 16. *D. pro socio.*

» Si può dire lo stesso di una infermità abituale che fosse sopravvenuta ad uno de' socj; questa può essere per lui un giusto motivo di rinunziare alla società, se gli affari della società fossero tali da esigere che vi attendesse egli stesso. *Pothier Tratt. della società Vol.* 1. *n.* 152.

» §. 41. Sono applicabili alle divisioni tra
» socj le regole concernenti la divisione del-
» la eredità, la forma di tale divisione, e
» le obbligazioni che ne risultano fra i coe-
» redi. *Art.* 1744. *L. civ.*

Le principali conseguenze di questa regola, al dire di Delvincourt, sono:

» 1. Che se uno de' socj, creditore della società, e che uno de' consocj sia insolvibile, la parte che quest' ultimo deve pagare si ripartisce tra il socio creditore e gli altri socj; mentre questa insolvibilità ancora è a carico della società art. 876. (796).

» 2. Che la lesione maggiore del quarto in pregiudizio di uno de' socj, basta per autorizzarlo a domandar di rescindere la divisione art. 887. (807).

» 3. Che quegli al quale un socio avesse ceduto prima della divisione tutti i suoi dritti nella società mediante una data somma di danaro, può essere escluso dalla divisione sia da tutti i consocj, sia da un solo, rimborsandolo di ciò che ha pagato. Articolo 841. (760).

» 4. Finalmente che la divisione è dichiarativa e non traslativa della proprietà; vale a dire che ciascun socio si reputa essere stato proprietario degli oggetti caduti nella sua quota, dall' istante che essi sono stati acquistati dalla società, e non aver avuto giammai la proprietà degli oggetti caduti nelle quote de' suoi consocj art. 883. (803).

» Pietro e Paolo sono socj; la società si scioglie: se ne dividono i fondi composti in parte d' immobili. Ora bisogna distinguere tre casi relativamente a ciascun socio. Prendiamo uno de' due, Pietro per esempio.

» O gl' immobili che cadono nella sua quota son quei che egli ha conferiti nella società ed allora essi son riputati non aver cessato mai di appartenergli. Paolo per la stessa ragione si reputa non avervi giammai avuto alcun diritto, e quindi non aver potuto giammai ipotecarli ai suoi personali creditori.

» O quest' immobili sono quelli conferiti da Paolo, ed allora si reputa essere appartenuti a Pietro dall' istante in cui furono da Paolo conferiti. In conseguenza Paolo non ha potuto ipotecarli dopo; nè possono essere gravati per suo lato che dalle ipoteche esistenti nell atto del conferimento, e di cui deve garentir Pietro.

» O finalmente questi sono gl' immobili acquistati dalla società mentre durava; ed allora si reputa essere appartenuti a Pietro dal momento in cui sono stati acquistati. Paolo si considera non avervi avuto mai alcun diritto, e per conseguenza non aver potuto giammai ipotecarli. Quel che noi diciamo dell' ipoteca può applicarsi ad ogni altro dritto reale concesso o acconsentito da uno de' socj.

» Per altro si comprende bene che tutte queste distinzioni non possono pregiudicare ai

creditori della stessa società, a' quali questi immobili han potuto essere ipotecati. In questo caso si reputa essere stati ipotecati da tutti i socj.

» Se per effetto della divisione uno de' socj si trova debitore dell' altro, da quando egli deve gl' interessi, se l'atto della divisione o quello della società non contengono alcuna stipulazione su tale oggetto? Dal momento soltanto della domanda, secondo *Pothier*. Non vi è la stessa ragione come nel caso, e durante la continuazione della società. I socj son diventati estranei l'uno all'altro collo scioglimento della società. Questa pure sembra essere l'opinione di *Savary*. Quest' autore pensa ben anche come *Dupuy de la Serra*; che se vi sia conteggio rispettivo tra i socj, gl' interessi, tutto che domandati, non corrono che dal giorno in cui siasi fatta la liquidazione, o determinata la resta in una maniera precisa, sia col mezzo di una convenzione sia con quello di una sentenza.

» *Quid*, se al momento di sciogliersi la società i fondi sociali si trovano nella mano di uno de' socj dal quale uno di essi ha esatta l'intera sua porzione; ma che il socio depositario non si trovi nello stato di pagare le parti degli altri socj? La legge 63. §. 9. *D. pro socio* decide che colui il quale ha ricevuto deve dividere cogli altri, in modo che tutte le porzioni siano uguali a proporzione delle parti che avevano nella società; ma ben inteso purchè non vi sia alcuna colpa o mora per parte di quei che nulla han ricevuto, *quasi iniquum sit*, dice la citata legge, *ex eadem societate, alium minus consequi*. A me sembra che questa decisione potrebb' essere ammessa nel nostro dritto; e ciò per argomento degli art. 1848 (1720,) e 1849. (1721.); se tuttavia tale operazione abbia avuto luogo prima della divisione, e se come l'abbiam detto, non vi sia stato alcun ritardo per parte degli altri. Altrimenti il socio ch' è stato soddisfatto invocherebbe il principio: *jura vigilantibus prosunt*. *Delvincourt. Corso di cod. civ. vol. 8. nota 78. al tit. 5*.

Sostenuta l'amministrazione di un negoziato di generi commerciali ereditarj col consenso degli eredi stessi nel corso di due anni dalla morte del testatore, l'amministratore che distrae li detti generi a suo piacimento ne resta sempre debitore innanzi ai coeredi, allorchè costoro ne chieggono una divisione. Massima ritenuta dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 17 gennaro 1824.

» *Fatto*. D. Gioacchino Montuori con testamento mistico de' 30 giugno 1817 dichiarò, tra le altre cose, di avere un negoziato stabilito nella città di Catanzaro amministrato dal suo figlio D. Giovanni, dell' ammontare di circa ducati trentamila; e che tal negoziato corrispondeva all'altro quì in Napoli amministrato da lui stesso. Istituì poi eredi nella metà di riserva il detto D. Giovanni, e D. Belisario suoi figli, e le quattro figlie femmine già maritate, e nella metà disponibile istituì eredi in una metà lo stesso D. Giovanni, e nell' altra i figli di esso D. Belisario.

» Nel dì 3 del seguente mese di luglio morì D. Gioacchino Montuori, e a 27 del mese stesso ne fu adita la eredità col beneficio dell' inventario.

» Intanto il negoziato combinato come sopia durò fino ad agosto 1818 epoca in cui i suddetti fratelli Montuori vennero a scissure. Quindi ebbero luogo varj atti; finalmente furono inventariati li beni sistenti in Catanzaro, che ammontarono al valore di ducati 18 mila.

» L' affare fu indi rimesso amichevolmente a tre periti, che si trovavano già nominati dal testatore nel suddetto suo testamento, ad oggetto di dirimere le controversie, che avrebbero potuto sorgere tra coeredi: ma il loro parere non essendo stato di soddisfazione de' conjugi D. Belisario Montuori, e D. Mariantonia Talamo ne fu da' medesimi chiesta la revisione.

» Il tribunale civile di Napoli accolse tal domanda, e destinò di officio all' uopo tre periti. Costoro dettero fuori il loro rapporto di divisione, in cui dissero, che il valore del negoziato in Catanzaro dovesse figurare come contante verso gli altri coeredi coll'interesse al 5 per 100. D. Giovanni se ne gravò, ma il tribunale suddetto ordinò la discussione del mentovato rapporto, e dette altre provvidenze. Di tal sentenza vi fu appello.

» La gran corte civile in Napoli con decisione de' 15 giugno 1823, tra l'altro dispose ciò che segue » Dichiara, che D. Gio: Montuori è debitore del prezzo de' generi commerciali ereditarj di D. Gioacchino Montuori esistenti nella Città di Catanzaro, liquidati co' rapporti dei primi, e secondi periti, i quali generi il detto D. Gio: venderà, o riterrà di proprio conto, come, e quando gli aggrada. »

» D. Giovanni se ne dolse con ricorso nella corte suprema di giustizia allegando: 1. e 2. Che la gran corte avendo ordinato, che il negoziato di Catanzaro composto di tanti diversi oggetti, e nomi di debitori, si appartenesse al ricorrente, il quale d'altronde fosse obbligato di pagare in contante l'intero valore; e quindi le rispettive quote a' partecipanti, ha violato l'articolo 751 delle leg. civ. le *L.* 6. *e* 9. *Cod. famil. ercisc. e* 1. §. 1. *Com. div.* 3. Che la stessa gran corte ha fatto del ricorrente un proprietario del negoziato suddetto contro la volontà paterna, che ne volle fare un semplice amministratore:

» Udito il rapporto: ec. ec. ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Attesocchè comunque sia vero, che ne' giudizj tra socj, o coeredi per divisione di oggetti, comuni, ed ereditarj, ciascuno ha diritto ad avere la sua parte de' mobili, ed immobili, niuno può essere obbligato prendersi roba, e dare al condomino l' equivalente in denaro: nondimeno qualora il socio per sua colpa abbia pregiudicata e fatta mancare la cosa comune, la fa sua, e diviene obbligato ad indennizzarlo nel prezzo.

» Considerando, che D. Giovanni Montuori, a malgrado la urgenza pupillare, l'interesse de' coeredi ed il precetto di Gioacchino suo padre, senza premettere un legale inventario, dispose degli oggetti di commercio sistenti in Catanzaro, vendendoli, e surrogandoli a suo arbitrio, e piacimento: tanto che nata poi lite circa due anni dopo la morta del padre, non si rinvennero, nè poteano ritrovarsi gli stessi generi, e si ebbe nel valore della roba esistente, un risultato assai minore di quello indicato dal padre nel di lui testamento: circostanze, che come guidarono i primi, ed i secondi periti a dichiarare D. Gio: debitore in faccia a coeredi del valore de' generi; così han potuto determinare la gran corte a dichiararvelo colla sua decisione. Ed un giudizio, che ha sottratto il pupillo, e l' assente da liti moltiplici, che senza dubbio sarebbero altrimenti surte per torre gl' inviluppi formati dal socio, ed amministratore, non può non essere esente dalla censura delle corte suprema.

» Attesocchè, ove la gran corte ha dato debito a D. Gio: del prezzo de' generi commerciali ereditarj di Gioacchino Montuori liquidato da periti, non ha così egualmente compresi i crediti, e le esigenze rinvenute all' epoca dell' aperta successione, e tutt' ora esistenti. Dappoicchè ove simili articoli non possono dirsi pregiudicati dal fatto di D. Gio: non possono rimanere a suo carico; nè infatti si trovano indicati nel dispositivo della gran corte in cui si parla di generi commerciali, non di nomi di debitori. Per cui la corte suprema osserva, che inopportunamente si è ideato un precetto inesistente, ed una idea non conforme a' motivi della corte giudicatrice per farne oggetto di gravame, che non esiste.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso: libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati dieci, oltre il costo della spedizione.

Vedi *Divisione* §. 8 e seguenti.

Disposizioni relative alle società di commercio.

» §. 42. Le disposizioni del presente titolo non si applicano alle società di commercio se non in quei casi che non sono in verun modo contrarj alle leggi, ed usi commerciali. *Art.* 1745. *L. civ.*

Fu questione nella suprema corte di giustizia se nelle società, di cui qualunque possa essere il valore dei generi messi in comune, sia di rigore, anche innanzi ai socj, il

tenere i libri mercantili. Fu deciso affermativamente a 10 luglio. 1822.

Fatto. D. Ferdinando de Cristofaro munito di patente di negoziante di seta grezza avea contratto una società di seterie con D. Francesco Daniele Congedo e D. Francesco Marcelli allorchè contrasse la seconda di telerie con D. Salvatore Zaccaria. La carta sociale è de'28 giugno 1812 ed è del tenor seguente.

»» Dichiaro di aver ricevuto da D. Salvatore Zaccaria ducati 600 in varie volte in moneta di argento sonante fuori banco per negoziarli in telerie, e corrispondergli quel guadagno che trovasi tra di noi convenuto, cioè ducati 160 dal primo di gennajo 1812. in avanti, per gli altri ducati 440. da' 28 aprile dello stesso anno innanzi, colla speciale ipoteca sulli duc. 1360; che devo conseguire dalle signore Serafina, e Maria Amalia del Vecchio. »»

» Nel di 20 ottobre dello stesso anno de Cristofaro associò Zaccaria in quella delle seterie, dichiarando in dorso dell' enunciata scrittura come segue.

»» Dippiù ho ricevuto dal mio socio del negoziato di telerie il dietro scritto D. Salvatore Zaccaria altri ducati 600 anche in moneta di argento sonante fuori banco, per versarli nella cassa della fabbrica di seterie, che da me si tiene co' socj D. Francesco Daniele Congedo, e D. Francesco Marcelli, egualmente che andrò versando delle altre somme, che mi si passeranno dallo stesso Zaccaria per lo stesso oggetto; beninteso, che a quella rata di guadagno, che spetterà al medesimo sulle somme, che si troverà di aver versate in cassa, al far de' conti io sottoscritto mi obbligo di unirci altrettanta somma, ed insieme versarle nella stessa cassa per aumento comune, da dividersi ugualmente tra noi due socj. Beninteso benanche, che sia sempre in libertà di esso Zaccaria, di ritirarsi le somme capitali, le rate di guadagno, e gli aumenti di esso, quanto di me sottoscritto di sciogliere la società medesima; purchè sia preceduta di tre mesi la scambievole denuncia. »»

»Indi nel dì 1 gennajo 1813 de Cristofaro accusò di aver ricevuto per lo stesso oggetto ducati 200; ed in fine nel dì 3 maggio dell' anno stesso accusò di aver ricevuto altri ducati 200.

» De' suddetti ducati 1600 e propriamente de' ducati 1000 di fondo del *negoziato seterie* il signor Zaccaria ricevette nel di 1 luglio 1816 ducati 200; ed altri duc. 200. nel di 15 novembre dello stesso anno, e nel secondo ricevo si aggiunse, *salvo il guadagno da pagarmi*.

»Nel di 13 maggio 1817 Zaccaria convenne de Cristofaro nel tribunale di commercio, perchè venisse condannato anche coll'arresto personale a pagargli ducati 1020 residuo de' suddetti 1600 ed a dar conto dell' utile dell' uno, e dell' altro negoziato sociale, secondo il costume della piazza di Napoli, dichiarando, che per li primi tre anni avea ricevuto l' utile del negoziato *telerie*.

»Il signor de Cristofaro dedusse la incompetenza del tribunale di commercio, poichè trattavasi di semplice mutuo, e conseguentemente irregolare la domanda dell' arresto personale in un' affare non commerciale, e chiese la dilazione di tre mesi per approntare, ed esibire i conti.

»Il signor Zaccaria gli denunciò nelle forme lo scioglimento della società fra tre mesi per indi restituirsegli il capitale coll'emenda delle spese,

»Rispose de Cristofaro, che trattandosi di scrittura privata dovea depositars' in cancelleria per riconoscersi, che non essendo bilaterale nel modo dalla legge prescritto non era produttiva di effetto in giudizio, e che volendosi per contratto di società dovea rimettersi agli arbitri.

»La scrittura sociale si depositò in cancelleria, e nulla essendosi opposto da de Cristofaro, l' attore dedusse, che la scrittura dovea aversi per riconosciuto, e del pari riconosciuto per giudice competente il tribunale di commercio; e che dietro ad un *bono* per causa commerciale non si richiedeva nè doppio originale, nè altro.

» Il tribunale di commercio con sentenza de' 5 settembre 1817 ne rimise la cognizione agli arbitri, nominando D. Filippo de Angelis, e D. Domenico Vinaccia; e definì il termine di un mese per pronunziare la sentenza arbitrale.

»Della procedura avanti degli arbitri le narrative della decisione in esame altro non offrono, se non che gli arbitri chiamarono de Cristofaro alla esibizione de' conti, e libri de' negoziati, e che per la non comparsa del medesimo si era accordata altra, e poi la terza dilazione di consenso delle parti, e che nel termine della stessa eransi notificati alcuni conti in copie senza registro, e che Zaccaria erasi protestato di non doversi prestar fede agli stessi, perchè tutto illegale, e foggiato a capriccio in quell'atto, onde non dover meritare alcuna fede.

»Gli arbitri non dubitando nè della scrittura, ch' ebbero per riconosciuta, nè di essere de Cristofaro commerciante, nè di essere l' oggetto commerciale osservarono, che l' eccezioni di de Cristofaro non erano giustificate; dacchè i conti prodotti non si potevano attendere, perchè privi de' corrispondenti pezzi di appoggio, e non dipendenti da libri tenuti nelle forme prescritte dal codice di commercio allora in vigore; e che a tutto ciò relativamente al negoziato *telerie* si aggiungneva, che se i riferiti conti non erano per le suddette ragioni da attendersi per lo negoziato *telerie*, molto più non doveano esserlo per le *seterie* per la circostanza di riguardare gli stessi conti, e l' interesse de'detti Congedo, e Marcelli con de Cristofaro, e perciò non potersi in quel giudizio tener presenti, ancorchè fossero in regola, e dipendenti da'libri regolarmente tenuti.

» Osservarono altronde, che i ducati 372 ricevuti già da Zaccaria imputar non si poteano negli utili, come egli aveva dedotto.

» Quindi con sentenza de'20 febbrajo 1818 condannarono de Cristofaro coll' arresto personale al pagamento de' ducati 648 residuo de' ducati 1020 chiesti dal Zaccaria coll' interesse scalare al 6 per 100 sugl' intieri ducati 1600 dal dì 28 giugno 1812 epoca del primo versamento in avanti.

»Appellò de Cristofaro dalla suddetta sentenza, e Zaccaria produsse pure il suo appello incidente, dolendosi della parte, che non corrispondeva alla sua domanda; ed è da osservarsi, che de Cristofaro nel terzo de' motivi del suo appello dedusse, che per non essere negoziante, non dovea tener libri in regola e che gli arbitri doveano esaminare i suoi conti con de' calcoli prudenziali, per rilevare se vi erano errori o frodi.

» Dal signor Zaccaria si diede la risposta ai motivi dell' appello del signor de Cristofaro; ed in questi termini si portò l' affare alla cognizione della gran corte civile di Napoli nella prima camera.

» La stessa osservò, che se le leggi per non involgere i commercianti fra loro in materie commerciali, negli anfratti, e dispendj giudiziarj, ha prescritto il giudizio arbitrale; e se vuole, che i contendenti rimettano agli arbitri le loro carte e memorie, i conti sociali riguardar si debbono quasi che familiari, in cui la fiducia, la confidenza, e l'economia dee valere.

» Che su queste vedute gli arbitri non doveano ricercare carte legali, ed in perfetta regola, e non attenderle, ove non dipendeano da' libri di commercio, dei quali se ne prescrive la forma, nè essere di avviso nella specie di non attendere i conti di de Cristofaro, perchè privi de'corrispondenti pezzi di appoggio, e non dipendenti da'libri tenuti nella forma voluta dalla legge, ma doveano essi esaminare il conto delle telerie, e delle seterie, in cui Zaccaria era socio in partecipazione, e per l' ammissione, o rigetto delle partite doveano tirare le linee, che la confidenza, e la fiducia dettava di ammettere, o rigettare.

» Che doveano chiedere i pezzi di appoggio per quelle partite, le quali di necessità l' ammettevano.

» Ed in fine, che questa era la norma, che gli stessi arbitri seguir doveano, e non attendere il rigore in materia commerciale, e snaturare il contratto, come fatto avevano, e su queste riflessioni nel dì 7 luglio 1818 pronunziò la seguente decisione.

»»La gran corte..... fa dritto agli appelli principale, ed incidente prodotti...... avverso la sentenza de' 20 febbrajo corrente anno, ed annullata la sentenza medesima definitivamente, ordina, che gli arbitri de Angelis a Vinaccia procedano alla discussione del conto esibito dal sig. D. Ferdinando de Cristofaro, con eslcudere, e rigettare le partite

d'introito, ed esito non fornite de' pezzi di appoggio a' termini del dritto, ed ammettere le altre, che troveranno giustificate.

» Questa decisione sul ricorso di D. Salvatore Zaccaria con arresto de' 15 giugno 1819 venne annullata.

» In esso questa suprema corte distinse primieramente l'una dall'altra società. Definì essere in nome collettivo quella delle *telerie*, ed in partecipazione quella delle *seterie* già esistente in nome collettivo cogli altri socj Congedo, e Marcelli, ed in cui Zaccaria divenne socio in partecipazione del solo de Cristofaro, ed osservò, che la prima nella sua liquidazione abbisognava de' pezzi di appoggio, ovvero la esibizione de' libri tenuti nelle forme prescritte dalle leggi commerciali.

» Rilevò quindi l'errore della gran corte civile nell'aver riputati familiari li conti sociali da esaminarsi colla veduta della fiducia, lungi dal ricercare carte legali, documenti, e libri commerciali, teoria perniciosa attinta falsamente dalla legge, la quale rimette agli arbitri le controversie fra socj, e permette di passar loro le carte senz' alcuna formalità di giudizio.

» Osservò sul proposito, che la legge fà gli arbitri giudici, art. 51 e 52 lib. 1 dell' abolito codice di commercio, e che il favore del giudizio arbitrale, articolo 56, è diretto a risparmiar le formalità del giudizio, soltanto per l'azione materiale di passarsi le carte agli arbitri, e che lo stesso articolo parla di documenti, e non di conti familiari, sforniti di qualunque appoggio, ed in fine, che il ministero degli arbitri è ne stretti termini del dritto, non competendo per l'articolo 52 dalla di loro sentenza, che l'appellazione alla gran corte civile.

» Nè omise di osservare, che la persona di de Cristofaro attesa la patente di sopra enunciata era di un commerciante, e l'oggetto era senza dubbio commerciale, per cui il tribunale, di commercio ne aveva rimesso la cognizione agli arbitri, e che gli stessi si conformarono alla legge allorchè non trovando nè conti, nè libri commerciali in regola commerciale considerarono per lo negoziato *telerie* un debito di de Cristofaro, e lo condannarono a seconda delle facoltà dalla legge loro attribuite, e secondo il voto della stessa, al pagamento della sorte con un moderato interesse, dacchè per gli articoli 58 e 59 doveano dopo le proroghe per la esibizione dei documenti giudicare sulle carte, e memorie, che si erano esibite; ed all'opposto malamente dalla gran corte si era ordinato, che di bel nuovo si fosse dagli arbitri discusso un conto illegale, e sfornito di documenti.

» Considerò poi sulla società delle *seterie*, che se questa società era in nome collettivo tra de Cristofaro, e gli altri socj, e se esisteva la liquidazione già fatta tra medesimi dichiarandosi gli articoli liquidati, e quelli rimasti in comune de' fondi sociali, questa carta di liquidazione formava un titolo autentico di discutere i conti della società in partecipazione tra Zaccaria, e de Cristofaro, sino alla iscrizione in falso contro la liquidazione suddetta, o alla dimostrazione di essere collusiva, od in fine sino a che Zaccaria pe' dritti esercibili a nome del socio suo debitore non avesse intentata azione di lesione di quarta per gli articoli combinati 888 e 1872 dell'allora codice civile, e perciò gli arbitri doveano allo stato discutere quel conto, e non avendolo fatto, dovea farlo la gran corte civile in appello, aggiugnendo, che nell'essersene rinviata la discussione agli stessi arbitri erasi violato puranche l'articolo 1012 dell'allora cod. di procedura, facendosi rivivere negli arbitri quella giurisdizione, che per lo scorrimento del tempo prefisso, e per aver pronunziata la sentenza arbitrale, erasi già estinta.

» Ritornata la causa alla cognizione della stessa gran corte civile in terza camera, il signor de Cristofaro con atto de' 4 settembre del 1820 dedusse.

» 1.° Che il negoziato *telerie* non presentava, che una commessione a lui data dal signor Zaccaria.

» 2.° Che la scrittura formale di società non esistea nel modo prescritto e dall'abolito codice civile, e dalle attuali leggi di eccezione per lo commercio.

» 3.° Che riguardo alle *seterie* coll'arresto di sopra rapportato eransi elevati a titoli autentici li conti sociali.

» 4.° Che in fine gli effetti di tali conti

davano ad esso lui un credito contro del signor Zaccaria per doversi mettere a di lui carico le partite da liquidarsi, le machine da vendersi, e le perdite sofferte, il cui destino Zaccaria dovea seguire come socio di esso de Cristofaro.

» In questo stato di cose, la gran corte occupandosi di tutto ciò nel di 11 dicembre 1820 si propose le tre seguenti quistioni.

» 1.° Se i conti da rendersi tra socj intorno ad oggetti commerciali, esigono le regole stesse di ogni altro rendiconto.

» 2.° Se li socj siano imputabili fra loro, perchè li libri non sieno nelle forme delle leggi di commercio.

» 3.° Qual misura convenga nella specie, perchè si conosca de' conti di che si tratta?

» Il ragionamento relativo allo sviluppo della prima questione è fondato sugli articoli 51 e 56 libro 1 dell'abolito cod. di commercio, non che sulla legge 63 *in princ. D. pro socio*, e sull'autorità di Locrè sù mentovati due articoli: ed in principio si stabilisce di riconoscersi a linguaggio della legge una specie di fraternità fra socj, e di assimilarsi i loro conti a que' di famiglia, donde è tratto il beneficio della competenza, ed il giudizio arbitrale.

» Se a queste idee si fa derivare la esclusione della severità de' registri, e delle pruove chieste in ogni altra amministrazione osservandosi, che se una sola regola abbracciar dovea le società, e le amministrazioni di ogni sorta, in vano si sarebbero fissate delle forme particolari, e delle eccezioni alle leggi comuni.

» Ed in fine, che nella specie i principj suddetti esigevano una interpetrazione anche più lata, ove l'oggetto della società, e l'opera dell'amministrazione risolvevasi in particolari, e minuti dettagli, di cui conservar si potevano memorie, anzichè pruove legali.

» Lo sviluppo della seconda quistione consiste nella interpetrazione degli articoli 8, 9, 12 e 13 del lib. 1. cod. di commercio, e sull' autorità benanche del mentovato Locrè sugli enunciati articoli 12 e 13.

» Si stabilisce quindi nel principio, che i libri prescritti dagli articoli suddetti son chiesti nell'interesse dei commercianti allorchè contraggono fra loro, e son diretti ad una presunzione legale, per la pruova di ciò, che in essi si contiene, ovvero ad ischivare le imputazioni di bancarottiere ne' casi di fallimento, il che ripugna agli obblighi de' socj fra essi, i quali finchè non siano divisi d'interessi, o non trattino de' conti sociali, rappresentano una persona individua in faccia ad altri, co' quali siavi azione di contrattare; ed in fine, che un senso opposto renderebbe contraddittorie le leggi stesse, ove da una parte l'uso de' fondi sociali potesse provarsi per ogni altro mezzo, e dall'altra si astringessero i socj a tenere libri di commercio per la pruova legale di ogni negoziato, e di ogni contratto.

» Sulla terza quistione finalmente, appoggiata la corte all'articolo 635 delle leg. di eccezione, osservò, che non essendo facile di giudicar di conti per negoziati di commercio aventi simultaneamente una successione di contratti e d'industria, e di mezzo d'opera sopra generi qualsivogliano, ove non si facciano note le probabili serie di progressioni risultanti dai fondi messi nel negoziato, e dell' uso di essi, non che dalle accessioni, dalle condizioni de' tempi, e dal favor della piazza, intorno a che valer debba il giudizio de' periti nel senso dell' articolo suddetto e su gli enunciati motivi, pronunciò la seguente decisione.

» » La gran corte in continuazione dell' udienza del dì 4 del corrente mese fà dritto all' appello di D. Ferdinando de Cristofaro contro la sentenza de' signori de Angelis, e Vinaccia arbitri nella causa Zaccaria, e de Cristofaro de' 20 febbrajo 1818 e rivocata tal sentenza, dichiara come segue.

» » 1.° D. Ferdinando de Cristofaro non era obbligato a conformarsi agli articoli 8, e 9 del lib. 1 del codice di commercio per la tenuta de' libri, di cui è quivi parola nell' interesse delle società *teleric*, e *seterie* avute con D. Salvatore Zaccaria per le carte de' 28 giugno, e 20 ottobre 1812. »

» » 2. Li suoi conti intorno a tali società saranno discussi avendosi ragione de' libri, ch' egli reca, di ogni altro documento, che sarà lecito alle parti di esibire innanzi a' periti da' nominarsi, e di tutte le regole, che la mercatura suggerisce per la società in

contesa. Li periti diranno quali siano gli utili da ricavarsi in tali società, qual diligenza possa desumersi essersi usata nel negoziato, in fine il giudizio, che possa portarsi sopra tutto ciò, che si espone nè conti, e nè libri detti di sopra.

»» 3. Li negozianti D. Paolo de Finizia, D. Gioacchino Ricciardi, e D. Antonio Galiero son nominati per la discussione de' conti stessi. Essi prima di emettere il loro parere procureranno disporre le parti di accordo fra loro, a termini dell' art. 635 delle leggi di eccezione. Questa perizia sarà spedita dalla parte più diligente, ed a danno del succumbente.

» Il che fatto si riserba di provvedere, come di dritto.

» Le spese riservate. »»

» I mezzi pe' quali D. Salvatore Zaccaria chiede l' annullamento della decisione suddetta son sette, e nella sostanza contengono ciò, che siegue.

» 1. Contraddicesi il principio assunto dalla gran corte di fraternità, e di conti familiari fra socj, e sopratutto nel doversi rendere i conti finita la società per l' azione, che compete a socj di dolo, o di colpa, anzi di omessa diligenza, e di doversi perciò il conto rendere in regola, e colle corrispondenti giustificazioni, e che malamente adottar si vogliono le idee di familiarità al giudizio arbitrale per trarne la non esibizione de' libri in regola, e delle giustificazioni; non essendo un tal giudizio diretto, che alla celerità, ed al risparmio delle spese.

» 2. Che molto meno adattibili debbono dirsi le idee esclusive della severità, e del rigore ad escludere la esibizione de' libri commerciali, non che di conti, e de' documenti, dacchè se la legge permette di rimettere agli arbitri i documenti, e le memorie senza formalità di giudizio, ciò debbe intendersi giusto l' avviso della stessa suprema corte nel mentovato arresto, e non già nel senso di doversi credere al renditore del conto in ciò che o contro, o fuori della legge si asserisce senza pruova, ed è pure la disposizione diretta a risparmiare tempo, e spesa.

» 3. In terzo luogo combatte le riflessioni della gran corte sulla impossibilità di aversi nella specie libri, e carte in regola, atteso l' obbligo di ogni commerciante di tenere i libri prescrttti dalla legge, il che vien corroborato dall' art. 8 del detto 1. libro, ove si prescrive doversi nel giornale notare anche gli esiti giornalieri sostenendo, che in questo libro appunto avrebbero dovuto notarsi tutt' i minuti dettagli relativi alla società; che sia irregolare la distinzione della tenuta de' libri, soltanto in faccia a terzi, e non relativamente ai socj fra loro, come quella, che la legge non conosce, ordinando per tutt' i commercianti la tenuta de' libri; e che perciò se soltanto i libri tenuti in regola possono esibirsi, e far fede, non poteano aversi per libri le informi carte formate da de Cristofaro avanti gli arbitri, e da' medesimi rigettate.

» 4. Che secondo gli stessi principj della gran corte allorchè i socj non son più uniti in società, e contendono per lo rendimento del conto, cessata l' unità della persona, i libri tenuti in regola si rendono necessarj.

» 5. In fine si attacca la destinazione de' periti, il che non tenderebbe, che a rianimare per altra via la giurisdizione degli arbitri.

» Finalmente non è da omettersi, che dal signor de Cristofaro con due atti de' 21 e 22 febbrajo del corrente anno si è dedotto,

» 1. Che la decisione come interlocutoria non è suscettibile di ricorso a' termini degli articoli 592 delle leggi di procedura, e dell' articolo 115 della leg. 29 maggio 1817.

» 2. Irricettibile del pari; perchè prodotto in contraddizione dell' art. 581, e 590 delle stesse leggi di procedura.

» 3. Perchè sfornito di mezzi legali di annullamento, non potendo esser soggetta a censura la decisione suddetta, come quella che versa su quistioni di fatto, giusta le massime fissate da questa suprema corte in altre decisioni.

» 4. Finalmente per non essersi violato alcun articolo, allorch' esentandosi esso de Cristofaro dal conformarsi agli art. 8 e 9 del codice di commercio, se ne dichiarà la inapplicabilità su dei punti di fatto, nel qual caso tuttocchè la gran corte avesse errato, non

vi è adito alla suprema corte per l'annullamento.

» Udito il rapporto: Intesi gli avvocati D. Vincenzo Pannetti per Zaccaria, e D. Stefano Collichi per de Cristofaro; ed inteso il pubbico ministero il quale ha conchiuso, che per ora non sia ricettibile il ricorso e che qualora si stimi definitiva, e non interlocutoria la decisione impegnata, si rigetti il ricorso, con riprovarsi i motivi della decisione medesima.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Ha considerato sulla detta irricettibilità allo stato del ricorso di Zaccaria, che sebbene la impugnata decisione non contenga la totale definizione del giudizio, rimessa all'esito del parere de' periti in essa nominati, ma nondimeno gli oggetti cardinali dello stesso non erano, che il conoscersi, se de Cristofaro era o nò in obbligo di tenere i libri prescritti negli articoli 8. e 9. del detto già codice di commercio; e se i di lui conti, perchè privi de' pezzi di appoggio, e non dipendenti da' libri tenuti in regola dovevano discutersi, ovvero rigettarsi, come gli arbitri aveano opinato, ed in appello de Cristofaro sostenea di non avergli tenuti, perchè non dovea tenergli, come non negoziante, e di doversi li suoi conti discutere con de' calcoli prudenziali, e questi oggetti appunto, rivocata prima la sentenza arbitrale, si trovano definiti nel senso di de Cristofaro, essendosi dichiarato in termini espressi, ch'esso de Cristofaro non era in obbligo di uniformarsi agli articoli suddetti, e di doversi altresì i suoi conti discutere co' libri, che reca; ed alle basi già fissate trovasi subordinata la parte interlocutoria, o sia l'avviso de' periti.

» Quindi è che non possa la parte ultima della decisione assorbire le precedenti; che anzi vien essa assorbita dalle prime; nè altrimenti esser potrebbe, dacchè la gran corte ha usato dell'art. 635 delle leggi di eccezione non preliminarmente, come non inopportunamente avrebbe potuto fare, per ottenere a senso della legge, o la conciliazione de' contendenti od almeno l'apparecchio della materia per mezzo di persone probe, e del mestiere, per indi rischiarata meglio la verità, decidere con serenità maggiore, dopo del rapporto de' periti; ma definità per le basi della controversia la interlocuzione suddetta non può riguardarsi, come diretta a' risultamenti de' già stabiliti principj.

» Si tradirebbe altrimenti l'oggetto della legge, che non permette i gravami per le decisioni interlocutorie, che di unita alle definitive; poicchè se ciò si è voluto impedire nel corso del giudizio per renderlo più celere, e breve non si son privati i litiganti di potersene dolere, e farle riesaminare a suo tempo, e senza che possa loro opporsi di non potersi più sulle stesse rinvenire, e possono pure i giudici non legati, allorchè pronunciano definitivamente, dalle interlocuzioni precedentemente pronunciate come quelle, che hanno lasciato intatto il fondo della controversia, rivenirci essi stessi, e liberamente pronunciare.

» Ed è perciò, che nel contrario senso; ove nel corso del giudizio siasi pregiudizialmente decisa qualche questione, e senza che possa ulteriormente trattarsi, nè essere oggetto di nuova occupazione de' giudici, si fatta disposizione non può riguardarsi, che come definitiva; e se di ciò generalmente non può dubitarsi, non potrà certamente riguardarsi come interlocutoria la intera decisione impugnata, variandosi la sola parte interlocutoria, la quale è non solamente la conseguenza de' già fissati principj, ma dee essere benanche la norma e dell'avviso de' periti, e della decisione, che in ultima analisi dovrà pronunziarsi.

» Inopportunamente pure il sig. de Cristofaro si è sforzato di sostenere l'assoluta irricettibilità del ricorso suddetto, invocando gli art. 581, e 590 delle leggi di procedura, perchè oltre di ravvisarsi in taluno de' mezzi enunciati alcuni degli articoli della legge, che si sostengono offesi, tutt' i mezzi di sopra rapportati non offrono, che l'analisi della decisione in esame, e de' motivi, che l'hanno dettata, il che include il ricorso a

quegli stessi articoli su' quali la decisione è basata; e che il ricorrente sostiene di essersi o violati, o falsamente applicati alla controversia.

» In vano finalmente ha creduto lo stesso de Cristofaro di poter sottrarre la decisione suddetta dalla censura di questa suprema corte, poicchè quistioni di puro fatto non possono riputarsi, se non che quelle, in cui calcolar si dee unicamente sul fatto, e sulle circostanze di esso, e non già le quistioni, nelle quali il fatto certo presentato al giudice, ugualmente, che le conseguenze, che ne ridondano hanno il loro appoggio, e la loro interpretazione nella legge, che dee applicarsi; e nella specie il fatto indubitato di de Cristofaro, o sia il non aver tenuti i libri nelle forme commerciali, e le sue conseguenze doveano misurarsi sulla espressa disposizione della legge, o sia sugli art. 8 e 9 non che sugli art. 51 e 56 del cod. stesso, e la gran corte in effetto l'ha fatto dichiarando, e la non applicabilità de' primi, e il modo da interpetrarsi li secondi; e se questi oggetti come di stretto dritto commerciale, hanno richiamata la censura di questa suprema corte sulla prima decisione, in vano si vorrebbe ora osare di evitarla.

» Passando indi al merito della controversia, la suprema corte non ha omesso di portare di nuovo le sue osservazioni su principj, che animarono l'altro suo arresto de' 15 giugno 1819, e sulle massime in essa fissate; nè potendone deviare, come quelli, che alterar non si potrebbero senz'abbattere le basi della giurisprudenza commerciale, si è limitata ad aggiugnere talune osservazioni su motivi, che hanno dettata la impugnata decisione, e che il pubblico ministero ha pure conchiuso di doversi riprovare.

» Ha quindi considerato che la dichiarata inapplicabilità alla specie degli art. 8. e 9. del cod. di commercio tratta principalmente dal doversi l' obbligo de' libri e nella forma in essi prescritta riguardare nell' interesse de' commercianti in faccia degli altri commercianti, e non già tra socj fra loro, i quali sono considerati riguardo a' terzi, come una persona individua, finchè non siano divisi d' interessi, o non trattano di conti sociali, non menerebbe, che a stabilire una teoria del tutto nuova, ed altronde perniciosa non poco per lo commercio.

» Che nuova sarebbe senza dubbio in faccia della legge, poichè non sarebbe, che una eccezione alla regola generale, e questa eccezione dovrebbe trarsi o dalla lettera, o dallo spirito della legge stessa.

» Che non la somministrano certamente le sue espressioni comprensive di ogni commerciante: tra questi è noverata ogni società di commercio, che rappresenta un commerciante, o sia una persona morale formata dalla unione di più individui; e conseguentemente un commerciante è di dritto tenuto a' libri commerciali.

» Che se la legge, cui non erano ignoti nè i vincoli, che stringer debbono i socj, nè la fiducia tra essi loro cotanto necessaria, avesse creduto opportuno di non soggettare l' amministratore de' fondi sociali all' obbligo di tenere que' libri, della cui tenuta, e formalità si occupa con tanto rigore, avrebbe dovuto esprimerlo apertamente; il che manca del tutto, nè può il magistrato formare una eccezione, che la legge non offre.

» Che molto meno potrebbe assumersi, che siffatta eccezione possa trarsi dallo spirito della legge, che anzi ci si opporrebbe; perciocchè l' ideare, che un commerciante, qual' è il gerente di una società commerciale dovesse avere i suoi libri per l' interesse co' terzi, attesi gl' indispensabili rapporti di ogni società co' medesimi e non essere poi obbligato a tenergli per l' interesse de' suoi, sarebbe inconcepibile, non potendo due idee contrarie in oggetto unico aver simultaneamente effetto, e non menerebbe, che ad opporsi al grande oggetto, che la legge ha sempre mai avuto in favorire la società per l' ingrandimento del commercio donde deriva la prosperità dello stato.

» Che in effetto questa idea non tenderebbe, che a bandire fra commercianti la fiducia, che dee animargli a formar delle società, versando i loro capitali nelle mani di chi dee amministrar, ove nella regola-

rità de' registri non potessero in ogni momento ravvisare il corso degli affari sociali, e lo stato de' loro interessi, nè altronde il gerente stesso potrebbe render nota la sua lealtà.

» Che la stessa idea menerebbe alla conseguenza puranche di mancare a' socj i libri allorchè riputar più non si possono una persona individua, perchè son divisi, e discettano della liquidazione de' conti sociali, ed i giá socj, non più stretti dal legame sociale, riguardar si debbono come terzi fra loro, si troverebbero privi di quegli stessi libri, che tra i terzi anche nel senso della stessa decisione, ogni commerciante dee tenere colle dovute formalità.

» Che quindi l'opinarsi diversamente fra l'amministratore, ed i suoi associati, non potrebbe essere, che pernicioso quanto mai; mentre non sarebbe, che il mezzo distruttivo della buona fede tra socj, ove il gerente non fosse obbligato a tenere i libri commerciali in regola, e sopratutto il giornale, ch'è l'indice delle sue operazioni fatte e gli associati non potessero, che dipendere da ciò, che loro nello scioglimento si offra in qualunque modo per la liquidazione della sciolta società.

» Che ciò sarebbe puranche non solo in opposizione della buona fede, e della celerità, di che sopratutto per ogni via si occupano le leggi commerciali, ma metterebbe la legge in opposizione di essa stessa; poicchè se tanto gelosa è stata nel conservare le rispettive azioni che tra socj esercitar si possono nello stesso scioglimento; e se alla speditezza de' giudizj sociali ha provveduto con un procedimento tutto proprio di essi; non potrebbe supporsi di aver nell'atto stesso voluto, che nelle società commerciali potesse andar esente dall' obbligo de' libri commerciali soltanto colui, che ha l'amministrazione della società; e dee di tutto rendere stretto conto, e togliendo il mezzo alla celerità de' giudizj arbitrali animare, e moltiplicare le liti, che porta seco la mancanza de' libri in regola.

» Che strana cosa sarebbe in fine l'immaginare, che la legge avesse voluto stabilire in tal guisa una massima nuova agli occhi del commercio universale, che ha sempre mai tratte tutte le conseguenze dalla regolarità de' libri tenuti in regola; e ciò nel momento, che la legge ne stabiliva una massima legislativa.

» Si è pure sul proposito osservato, che astrazione anche fatta da tutto ciò, ogni ulteriore indagine vien assorbita dalla combinazione dell'art. 14 cod. di commercio co' precedenti art. 8 a 11 non che co' successivi 12 e 13.

» E che sia così, basta dare uno sguardo agli art. suddetti per vedersi, che la legge dall' art. 8. al 11. stabilisce, e l'obbligo ne commercianti a tenere de' libri, che reputa indispensabili, e 'l numero di essi, non che la qualità, e le formalità necessarie per ripútars' in regola.

» Indi nell' art. 12. prescrive, che i libri di commercio tenuti regolarmente possono venire ammessi dal giudice per prova tra' commercianti in affari di commercio; ed aggiugne nell' art. 13 che i libri, che i commercianti sono in obbligo di tenere, e pe' quali non sieno eseguite le formalità già prescritte, non possono essere esibiti nè far fede in giudizio a favore di quelli, che gli hanno tenuti; salvo pure ciò, che la legge stessa prescrive pe' casi di fallimento, e delle bancarotte.

» A queste disposizioni segue immediatamente l'art. 14 prescrivente, che la comunicazione de' libri, e degli inventarj non può essere ordinata, fuorchè negli affari di successione, comunione, *divisione di società*, ed in caso di fallimento.

» Vuol dunque la legge, che anche nelle divisioni delle società possa ordinarsi l'esibizione de' libri mercantili; e se questi libri nel suo linguaggio sono, che quelli tenuti colle dovute formalità, nè altrimenti possono essere ammessi, nè far fede in giudizio per colui, che gli ha tenuti, ma non giusta il prescritto dalla legge, potrà dirsi, che sia a livello della legge la decisione, in cui si sono ammessi i libri, che de Cristofaro confessava di non aver tenuti in regola, supponendo di non dovergli tenere, perchè non commerciante?

» Nè gioverebbe a tutto ciò opporre, che

almeno le piccole società, e che hanno per oggetto minuti dettagli, dovrebbero andare esenti dal rigore della legge sia per la tenuta de' libri, sia per la giustificazione del conto, che si presenta dal gerente; perciocchè, a prescindere, che agli occhi della legge, non vi è differenza tra piccoli, e vasti negoziati, e tra quelli, che riguardano minuti dettagli, o grandi intraprese; in questi piccoli oggetti richiedesi principalmente la regolarità de' libri, ed in modo speciale del libro giornale, in cui l'amministratore de' fondi sociali segnando giorno per giorno tutte le operazioni del suo traffico, ed in fine di ciascun mese, anche le spese della sua casa, può mai sempre render nota la sua condotta anche nè piccioli, e minuti dettagli.

» Che anzi quest'obbligo rendesi assai più stretto nelle società appunto, relative a piccole speculazioni, e che abbisognano di piccoli dettagli, e di minuti esiti giornalieri; poicchè queste piccole partite, portate nel giornale tenuto in regola, e fedelmente possono nella liquidazione dar luogo all'ammissione di que' minuti esiti, che prendono la iniziativa dal libro legale, ed offrono nell' atto stesso la verisimiglianza, e la regolarità di essi intrinsecamente necessarj per l'andamento della società, e che o senza ritardarne il corso, o senza grave dispendio incompatibile all' oggetto non avrebbero potuto corredarsi de' minuti pezzi di appoggio, il che avvenir non può nelle grandi intraprese per le contrattazioni, che ordinariamente sono a di più de' libri corredati da documenti.

» Nè finalmente, se qualche anche meno rigida intelligenza volesse darsi alla espressione generica di documenti, questa non potrebbe mai versare, che nell'analogia della qualità di essi in relazione a quella del negoziato e non mai ad escludergli, assimilando i conti sociali a quelli di famiglia, e ciò a traverso della legge, che vuole documenti, e non carte, ed ha stabilito un giudizio particolare con rendere giudici delle controversie sociali le persone stesse del mestiere per la speditezza, per lo risparmio delle spese, e non già per escludere i renditori del conto dalle corrispondenti giustificazioni della loro gestione.

» Nè poi qualunque latitudine dar si potesse a documenti in relazione all'oggetto, esser potrebbe, che la conseguenza de' libri tenuti in regola, e da' quali luminosamente ravvisar si potesse la regolarità delle operazioni tutte dal principio al termine del negoziato sociale, e che fondate su' registri in regola, unicamente potrebbero essere il punto di appoggio della buona fede, e della lealtà di colui, che rende il conto, ed all' opposto la mancanza de' registri menar non potrebbe, che al rigore nell' esigere i pezzi di appoggio.

» In conseguenza di tutto ciò la decisione in esame non può non essere annullata, come quella in cui violati si sono specialmente i mentovati art. 8. 9. 11. 12. e 14. del lib. 1. dell' abolito codice di commercio cui corrispondono gli articoli 16, e 17. dell' attuali leggi di eccezione per lo commercio, e si sono altresì falsamente interpetrati gli art. 51. e 56. dell' abolito codice di commercio (art. 60. e 665. leggi di eccezione) e malamente applicati alla controversia.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema dichiara ricettibile il ricorso, e nel merito annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato a quella precedente, rinvia la causa alla stessa gran corte civile in altra camera; ed ordina di restituirsi il deposito.

Le *leggi di eccezione per gli affari di commercio* riunicono disposizioni diverse su le varie società commercianti, dando a ciascuna un nome, che corrisponde all' indole del contratto che i socj commercianti possono stipulare.

Delle società commercianti.

» *Art.* 27. Il contratto di società viene regolato dalle leggi civili, dalle presenti leggi di eccezione per gli affari di commercio, e dalle convenzioni delle parti.

» *Art.* 28. Le leggi di commercio riconoscono quattro specie di società:

la società in nome collettivo:
la società in commandita:
la società anonima:
le associazioni commerciali in participazione.

CAPITOLO I.

Delle società in nome collettivo.

» *Art.* 29. La società in nome collettivo è quella che vien formata da due o più persone, e che ha per oggetto di fare il commercio sotto una ragione sociale. »

Nella già nostra corte di cassazione con decisione de' 30. novembre 1812 si consagrò la massima, che la parola *compagni* usata nella ditta non è sempre indizio di una società in nome collettivo, potendo riportarsi anche a' socj commanditarj.

» *Fatto.* Con carta privata de' 13 dicembre 1801 in sette originali i signori Carlo Fourleng Degen, Federico Degen, Gughelmo Ioung Pourviance, Abramo Agden, Giovannantonio Schevartg juniore, e Giovanni Beniamino Ducester, convennero di fare tre stabilimenti mercantili, uno in Napoli, l'altro in Livorno ed il terzo in Marsiglia, mettendo per fondo di detti tre stabilimenti 60m. pezzi duri, divisi in quarantotto azioni: che Federico Degen, Giorgio Schevartg juniore, e Giovanni Beniamino Ducester dovessero risedere in Napoli sotto la ditta di Federico Degen e compagni: Carlo Fourleng Degen, e Guglielmo Ioung Pourviance risedessero in Livorno sotto la ditta di Degen Pourviance e compagni: Abramo Agden e Giovanni Schevartg risedessero in Marsiglia sotto la ditta di Agden Schevartg. e compagni. Convennero che ciascuna casa dovesse nelle circolari essere annunciata distinta ed indipendente, ma che i bilanci annuali fossero cambiati fra i rispettivi stabilimenti in ogni mese di giugno: che crediti fino alla somma di 10m. pezzi duri fossero aperti da una casa all' altra in caso di bisogno: e che la somma di 3om. pezzi duri fosse annualmente conceduta per ogni stabilimento per le spese di cassa, di ricevimento ec.

» Finalmente coll' articolo 17 convennero in questo modo: » In caso di disgrazia ad alcuno degli stabilimenti gli altri non avranno responsabilità alcuna al di là de' loro rispettivi impegni pendenti a quell' epoca, nè dovrà un tale evento interrompere il proseguimento del rapporto comune nel termine originariamente fissato: » e con una soggiunta venne fatta a detto articolo una spiegazione » che in caso di disgrazia ad alcuna delle tre case, o causa di fallimento, o sospensioni di pagamenti, o bancarotta l'interesse generale non avrà altra responsabilità che per l' ammontare del capitale a quella casa appropriato; e trovandosi alcuno degli altri due stabilimenti esser creditore di quel disgraziato all' epoca della sua disgrazia le sue dimande saranno ammesse alla massa generale, come se i loro interessi fossero del tutto disuniti, ritenendo i socj della casa disgraziata il loro rispettivo interesse nelle altre due sino al termine della presente convenzione. » Ciascuna casa spedì la sua circolare, e quella di Livorno di cui oggi è quistione, annunciò una società sotto i nomi di Degen Pourviance e compagni: ma soggiunse: Carlo Fourleng, Degen, e Guglielmo Ioung Pourviance uniscono insieme i vantaggi non solo di un competente capitale, ma quelli ancora della loro esperienza, e di estere rispettabili relazioni.-Firmati ambedue. »

» Fallita nel 1809 la casa di Livorno, il signor Appleton sindaco e procuratore degli altri sindaci della fallita, ed autorizzato dall' ambasciatore degli Stati Uniti domandò la soddisfazione dei creditori della ragione Federico Degen e compagni di Napoli.

» Il tribunale di commercio con sentenza resa il dì 30 ottobre 1810, non riconoscendo in Appleton che la sola qualità di sindaco e procuratore degli altri sindaci della fallita, assolvè la ragione Degen di Napoli, salvo a lui le ragioni contra tutti i socj se il fondo della cassa di Livorno non fosse stato versato secondo le quote convenute; e che rapporto alla qualità presa da Appleton di procuratore degli Stati Uniti, si provvedesse come di dritto contra i sindaci della fallita, e salvo il dritto sugli utili appartenenti alla casa fallita contro le altre due, per tutto il tempo della durata della società.

» Appello per parte di Appleton: egli esi-

bi alcune lettere private de' socj di Livorno, ove nominavano la casa di Napoli colle espressioni di *nostra casa*.

» Appello incidente per parte della casa di Napoli contra l'ultima parte della sentenza, e per danni.

» La corte di appello sedente in Napoli, con decisione proferita il dì 17 gennajo 1812 ragionando sul contratto e sulle espressioni delle circolari, conchiuse non esservi società in nome collettivo degli altri nella circolare non nominati, ma solo dei due che quella società componevano, e che gli altri fossero socj semplicemente commanditarj, tenuti pel solo fondo stabilito per quella società. Quindi confermò la sentenza del tribunale di commercio, ed escluse gli appelli.

» Contra tal decisione il signor Appleton produsse ricorso per cassazione, assumendo 1.° che siasi ingiustamente a lui rifiutato il titolo di procuratore degli Stati Uniti: 2.° che i mandanti ed i preponenti sono tenuti in solido dei fatti dei mandatarj e preposti, quali erano quelli di Livorno, citando la legge 6 §. 4 *ff. de edendo*, la legge 4 §. 1 *de exercit. act.*, la legge 13 §. ult., e la legge 14 *ff. de instit. act.* 3.° che la corte per mettere la decisione al coverto della cassazione, ha detto ch'ella interpretava il contratto, facendo uso dell' articolo 22 e seguenti del libro 1 del codice di commercio, quali leggi posteriori al contratto non possono avere effetto retroattivo: 4.° che non poteansi ammettere patti segreti, al pubblico non comunicati, nè partecipati colle circolari: 5.° che vale più quel che si è fatto, che quello che si è simulato: 6.° ripete ciò che ha detto nel secondo mezzo: 7.° che la corte è caduta in contraddizione in non aver del tutto la ragione Degen di Napoli come estranea da quella di Livorno: 8.° che la corte doveva pronunciare, non riserbare l'azione per alcuni capi, e per ciò siasi violato l'articolo 48 n. 5 del codice di procedura, il che benchè sia soggetto di ricorso in ritrattazione, non esclude quello di cassazione.

» Udito il rapporto del consigliere Giovannelli: intesi il signor Filippo Vecchioni avvocato del signor Appleton, ed il signor Camillo Cacace avvocato della ragione Degen, ed inteso il regio procuratore generale cavalier Poerio, che colle sue conclusioni ha chiesto di rigettarsi il ricorso per non esservi luogo a cassazione, perchè la corte di appello di Napoli ha riserbato a' creditori americani i dritti in altro giudizio. »

» La corte di cassazione in continuazione della seduta del dì 18 del cadente novembre, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero. »

» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione. »

» Veduto l'articolo 61 della legge organica del dì 20 maggio 1808 così concepito. »

» La gran corte di cassazione cancella le sentenze 1.° se vi è contravvenzione espressa nella legge: 2.° se si è violato il rito nelle parti essenziali. »

» Considerando che l'azione promossa singolarmente dal signor Appleton in nome degli Stati Uniti di America colla qualità di loro procuratore speciale era la stessa di quella da esso lui dedotta, come sindaco dei creditori della fallita casa di Livorno, tra' quali gli Stati Uniti di America principalmente figuravano: che con siffatta qualità di sindaco, essendo stato egli ammesso a dedurre in giudizio la stessa azione, non si può la sentenza del tribunale di commercio, e quindi la decisione della corte di appello accusare di aver denegata la giustizia agli Stati Uniti di America, sol perchè i giudici del fatto, non persuasi abbastanza della legittimità de' documenti esibiti, han ricusato al signor Appleton la sola qualità di procuratore speciale della nazione americana. »

» Considerando che gli stabilimenti commerciali sono soggetti alle leggi vigenti ed agli usi di commercio ricevuti nel luogo della loro permanenza, qualunque sia la nazione alla quale i gerenti e socj si appartengono. »

» Considerando che il tribunale di commercio prima, e quindi la corte di appello in una società cantante sotto la ditta *Degen Pourviance e Compagni* ha creduto che i compagni nella ditta soltanto indicati, il cui nome espresso non si spendeva, non dovessero di necessità riputarsi socj di una società ordinaria in nome collettivo solidalmente obbli-

gati, potendo essere semplici *accomandanti*, tenuti fino alla concorrenza del capitale versato nella cassa del negozio: che non essendovi alcuna legge di commercio, nè costante uso mercantile che restringesse il significato delle parole *Compagni* apposte nelle ditte sociali a dinotare i soli socj ordinarj delle società in nome collettivo, la corte di appello non era uscita dal cerchio delle sue attribuzioni, qualora interpretando le clausole del contratto aveva esclusa tra le diverse case di negozio l'idea di una società ordinaria in nome collettivo. »

» Considerando che il signor Appleton aveva istituito in giudizio un' azion solidale contro la casa *Degen e Compagni* in Napoli, fondata sulla pretesa società collettiva: che il tribunale di commercio e la corte di appello non avendo ravvisato sussistente siffatta azione, non avea fatto che assolvere come doveva il reo convenuto dall'azione proposta: che non poteva pronunziare altre condanne le quali dipendendo da azioni diverse e non dedotte, scaturivano da una definizione del contratto differente da quella pretesa dall'attore, e perciò gliene avea conservate le azioni da sperimentare in altro giudizio.

» Che non essendovi tanto nella sentenza del tribunale di commercio, quanto nella decisione della corte di appello alcuna espressione tassativa aggiunta all'enumerazione delle azioni riserbate al signor Appleton, niun pregiudizio si era recato a' creditori della fallita casa di Livorno per chieder conto, se vi ha luogo, benanche delle azioni reciproche del capitale accomandato alla casa Degen e compagni di Napoli; non essendo a temere che la riserba non tassativa di talune azioni fatta dal giudice a prò dell'attore, escluda qualunque altra azione che mai possa per l' indole del contratto competergli. »

» Per siffatte considerazioni la corte di cassazione non trovando che nell'impugnata sentenza siavi violazione espressa della legge, nè che siasi violato il rito nelle parti essenziali, rigetta il ricorso. »

Nella corte di cassazione di Parigi si presentò il dubbio se il possessore di un obbligo sottoscritto da uno de' socj senza l' addizione delle parole *e compagnia* sia ammesso a documentare con degli scritti, e delle circostanze, che la causa interessa la società, e ad esercitare l'azione solidale. Con decisione de' 23 frimale anno 13 si accolse l'affermativa.

» *Fatto*. Durante il corso di una società di commercio tra i signori Famin e Paulèe, il primo ha sottoscritto sotto la sola firma di *Famin* un obbligo della somma di 3, 695 lire verso il signor Gaum per provvisioni ed appuntamenti. I servigj del signor Gaum essendo stati richiesti dalla società, e le sue mercanzie essendo state fornite alla stessa, sebbene il signor Famin non avesse aggiunto alla sua sottoscrizione la parola *e compagnia*, egli sia tenuto come creditore della società, alla facoltà di scegliere fra i suoi debitori solidali quello che a lui piacesse. Il signor Paulèe al quale egli si diresse, non ha potuto sottrarsi alle circostanze le quali giustificavano che la causa dell' obbligo interessava la società. Egli fu condannato dal tribunale di commercio di Parigi, la di cui sentenza è stata confermata con decisione della corte di appello. Ricorso.

» La corte di cassazione dietro le conclusioni del signor Lecoutour sost. proc. gen.

» Atteso che l'articolo 7 del titolo 4 dell' ordinanza del 1673 disponendo che i socj sono obbligati solidalmente, allorchè uno di essi ha sottoscritto; se ha egli sottoscritto per la compagnia, e non altrimenti, non ha ristretta la prova che la sottoscrizione è stata data a nome delle compagnia, alla formola usata tra i negozianti, la quale consiste nell' aggiungere al loro nome queste parole *e compagnia*; che questa disposizione non ha escluse le altre pruove risultanti dagli atti o dalle circostanze per stabilire che colui il quale ha sottoscritto il suo nome, ha operato solo per la compagnia, o che gli oggetti somministrati sono passati in vantaggio della sua società.

» Atteso che la corte di appello si è determinata dietro prove di questo genere, e che in ciò essa non ha violato l' articolo citato: Rigetta.

» *Art.* 30. Solamente i nomi de' socj possono far parte della ragion sociale.

» *Art.* 31. I socj in nome collettivo indicati nell' atto di società sono tenuti in solido per tutte le obbligazioni della società, sebbene vi sia

apposta la firma di un solo socio; purchè ciò sia sotto la ragion sociale, e non ostante che non consti la versione in beneficio comune: ma se nell' atto di società saranno destinati uno o più socj complimentarj, le firme solamente di costoro sotto la ragion sociale obbligano i socj; ancorchè non consti della versione.

»*Art.*32. La società in nome collettivo debbe esser provata per mezzo di atti pubblici, e con firme private; conformandosi in questo ultimo caso al disposto dalle leggi civili.

»*Art.*33. Niuna pruova testimoniale potrà essere ammessa tra' socj contro gli atti di società ed oltre al loro contenuto, nè su ciò che si allegasse come detto prima, contemporaneamente, o di poi, ancorchè si trattasse di una somma minore di ducati cinquanta. Questo divieto non potrà da' socj opporsi a' terzi.

»*Art.*34. L'estratto degli atti di società in nome collettivo debbe essere rimesso fra quindici giorni dalla sua data alla cancelleria del tribunale di commercio del circondario, nel quale è stabilita la casa del commercio sociale, per essere trascritto sul registro, ed affisso per tre mesi nella sala dell' udienza.

»Se la società ha più case di commercio situate in diversi circondarj, la rimessa, la trascrizione e l'affissione di tal estratto si faranno ne' tribunali di commercio de' rispettivi circondarj.

» *Art.* 35. L' estratto dee contenere:

i nomi e cognomi;

le qualità ed abitazioni de' socj;

la *ditta* del commercio della società;

la indicazione de' socj autorizzati alla direzione, all' amministrazione, ed alla firma in nome della società;

l' epoca in cui la società dee incominciare, e quella in cui dee finire.

« *Art.* 36. In caso di omissione delle formalità stabilite ne' precedenti articoli 34 e 35 sarà vietato a' socj, finchè non le avranno adempiute, esercitare così le reciproche azioni sociali, che quelle per causa della società a loro competenti contro terze persone e ciò oltre il disposto nel libro III *de' fallimenti e delle bancherotte.*

»Al contrario la mancanza di alcuna delle medesime formalità non potrà essere opposta alle terze persone.

» *Art.* 37. Qualunque continuazione di società, spirato il suo termine, sarà provata per mezzo di una dichiarazione de' socj.

» Questa dichiarazione, ed ogni atto che contenga scioglimento di società prima del termine che l' atto costituente avea prefisso alla sua durata, ogni mutazione, ritiro di socj, ogni nuova stipulazione o clausola, ogni cangiamento nella ragion sociale sono soggetti alle formalità ordinate negli articoli 34 e 35.

» In caso di omessione di siffatte formalità avrà luogo l' applicazione delle disposizioni generali fissate nell' articolo 36.

CAPITOLO II.

Della società in commandita.

» *Art.* 38. La *società in comandita* è quella che si forma tra una persona risponsabile nel solido o più socj capitalisti che si chiamano *commanditanti* o *socj in commandita*, dall' altra.

» *Art.* 39. Allora quando vi saranno più socj solidarj e *cantanti in ragione*, o che amministrino tutti insieme, o che l' amministrazione generale venga confidata ad uno o più socj la società è nello stesso tempo in nome collettivo riguardo a loro, in commandita relativamente a' semplici capitalisti.

» *Art.* 40. Il socio commanditante non è soggetto alla perdita, che fino alla concorrenza de' capitali che ha messo o avrebbe dovuto mettere nella società.

» *Art.* 41. Il socio commanditante non può fare alcun atto di amministrazione sociale nè essere impiegato per affari della società; nè pure in forza di procura. Questo divieto non si estende a quei contratti commerciali che la società facesse per suo conto col socio commanditante, e che vicendevolmente questi avesse fatto colla società, del pari che con ogni altra casa di commercio.

» *Art.* 43. In caso di contravvenzione al divieto espresso nell' articolo precedente, il socio commanditante rimane obbligato in solido col socio o co' socj in nome collettivo

per tutti i debiti e tutte le obbligazioni della società.

» La prova della contravvenzione potrà farsi anche per mezzo di testimonj.

» *Art.* 43. Il nome di un socio commanditante non può far parte della ragion sociale.

» *Art.* 44. Il capitale della società in commandita potrà esser diviso in azioni, ed anche in porzioni di azioni, senza alcun' altra derogazione alle regole stabilite per tal genere di società.

» *Art.* 45. L' azione può essere stabilita sotto forma di *cedola trasferibile*: in questo caso la cessione si fa colla tradizione della cedola.

» *Art.* 46. Se la proprietà delle azioni è stata stabilita per mezzo di una inscrizione su' registri della società, la cessione si farà per mezzo di una dichiarazione di passaggio inscritta su' registri e firmata dal cedente, o da persona fornita di legittimi poteri.

» *Art.* 47. Le disposizioni degli art. 32, 33, 34. 35, 36 e 37 saranno osservate anche per la società in commandita, tranne le seguenti differenze:

» 1. l'estratto da affiggersi non dee indicare il nome de' socj commanditanti:

» 2. designerà la somma degli effetti dati o da darsi per azioni, o in commandita:

» 3. in finse l' estratto sarà formato sotto firma privata, vien sottoscritto da' soli socj in solido o amministratori.

CAPITOLO III.

Della società anonima

» *Art.* 48. La *società anonima* è quella che non esiste sotto un nome sociale, nè viene indicata sotto il nome di alcuno de' socj.

» Viene essa qualificata colla indicazione dell' oggetto della sua impresa; ed i socj non sono soggetti che alla perdita di quanto importa il loro interesse nella società.

» Tali sono le *compagnie*.

» *Art.* 49. Il capitale della società anonima si divide necessariamente in azioni, ed anche in porzioni di azioni uguali di valore. Le disposizioni degli articoli 44, 45 e 46 sono alle medesime applicabili.

» *Art.* 50. La società anonima è amministrata da procuratori a tempo, revocabili, associati o non associati, stipendiati o gratuiti.

» *Art.* 51. Gli amministratori non hanno altra obbligazione che quella dell' adempimento del mandato ricevuto.

» Non contraggono per motivo della loro amministrazione verun obbligo personale o in solido, relativamente agli obblighi della società.

» *Art.* 52. Le società anonime non possono esistere che autorizzate dal Governo, e coll' approvazione dell' atto che le costituisce: tale approvazione debbe essere data nella forma stabilita pe' regolamenti di pubblica amministrazione.

» *Art.* 63. Le società anonime non possono esser formate che per mezzo di atti pubblici.

» Tali atti pubblici non saranno stipulati, se non consti antenticamente la esistenza del quarto almeno de' capitali promessi per l' impresa progettata.

» *Art.* 54. L' atto del Governo, che autorizza le società anonime, dovrà essere affisso coll' atto di associazione, e per lo stesso tempo stabilito nell' articolo 34.

» *Art.* 55. Le basi e gli oggetti delle società anonime non saranno, dopo l' approvazione del Governo, soggetti a cangiamento, senza averne ottenuto una nuova: nel qual caso il tutto sarà pubblicato ed affisso in conformità dell' articolo precedente.

CAPITOLO IV.

Delle associazioni in participazione.

» *Art.* 56. Indipendentemente dalle tre specie di società sopra esposte, la legge di commercio riconosce le *associazioni in partecipazione*.

» *Art.* 57. Tali associazioni sono relative ad una o più operazioni di commercio: esse hanno luogo per gli oggetti, nelle forme, e colle proporzioni e condizioni convenute tra' partecipanti.

» *Art.* 58. Le associazioni in participazione possono essere provate colla esibizione

de' libri, della corrispondenza, o colla pruova testimoniale, se il tribunale giudica che possa questa essere ammessa.

» *Art.* 59. Le associazioni commerciali in partecipazione non sono soggette alle formalità ordinate per le altre società.

CAPITOLO V.

Del modo speciale di decidere le quistioni tra' socj.

» *Art.* 60. Ogni controversia tra' socj, e per motivo di società, verrà giudicata dagli arbitri.

» *Art.* 61. La disposizione dell' articolo precedente è comune alle vedove ed agli eredi o aventi causa da' socj, quantunque minori.

Per la prescrizione contra i creditori delle società disciolte Vedi *Prescrizione* §. 56.

» SOPPRESSIONE DI LETTERE §. 1.
» Ogni soppressione, ogni apertura di lettera o plichi affidati alla posta, commessa o agevolata dolosamente da un uficiale, da un impiegato dell' amministrazione delle poste, o da altro incaricato, sarà punita coll' ammenda correzionale. L' impiegato inoltre sarà punito colla interdizione a tempo dal suo uffizio. *Art.* 251 *Leg. pen.*

Può considerarsi come ingiuria fatta a colui, le di cui lettere si sopprimono, e si aprano, quando con questo mezzo si cerca conoscere, e pubblicare li privati interessi, che le stesse lettere sieno a contenere. Argomento tratto dal responso di Ulpiano.

» Si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit, vel pluribus praesentibus legerit; utilius est in factum, et injuriarum agi, si injuriae faciendae causa secreta judiciorum publicaverit (*paupertatem testatoris manifestando*). Interdum evenire Pomponius eleganter ait, ut quis tabulas delendo, furti non teneatur, sed tantum damni (*sed et si non habuit animum damni dandi tenetur*) injuriae; ut puta, si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit, nam furti non tenebitur cum facto (*idest cum contrectatione*) enim etiam animum furis furtum exigit. *L.* 42. §. *ult. D. ad Leg. aquiliam.*

SOSTITUZIONE FEDECOMMESSARIA » §. 1. Qualunque disposizione colla » quale il donatario, l' erede istituito o il le» gatario è gravato con qualsivoglia espres» sione di conservare e restituire ad una ter» za persona, sarà detta *sostituzione fede» commessaria. Art.* 941. *Leg. civ.*

Che mai si vuole intendere colla espressione di *restituire*? Quest' obbligo è di seguito, sotto condizione, dopo un tempo certo e determinato, o soltanto all'epoca della morte, dopo aver conservati i beni durante la vita?

Toullier che ne promove la questione dice:

» Interpetrando lo spirito del codice, delle conferenze tenute nel Consiglio di Stato, dei motivi del divieto delle sostitutuzioni, ed in fine dell' antica giurisprudenza, risulta che nell' art. 896 (941) siesi parlato dell'obbligo di restituire alla morte dell' istituito.

» Questa interpetrazione diviene evidente mediante il ravvicinamento di questo articolo a quelli che ne sono le eccezioni. L' art. 897 (942) esclude dal precedente le disposizioni permesse a' padri e madri, fratelli, e sorelle, nel capitolo VI del presente titolo, cioè negli art. 1048 e 1049 (1003 e 1004). Queste disposioni non sono dunque che eccezioni all' art. 896 (941).

» Or noi leggiamo nell' art. 1048 (1003), che i beni di cui il padre e la madre hanno la facoltà di disporre, potranno esser donati da essi ad uno o più de' loro figli *coll' obbligo di restituirli* ai figli nati, e da nascere, *nel primo grado soltanto de' detti donatarj.*

» Le stesse espressioni si leggono nell'art. 1049 (1004) relativo a beni donati a fratelli o sorelle *coll' obbligo di restituire* questi beni a' figli nati, e da nascere *nel primo grado soltanto.*

» Queste espressioni *del primo grado soltanto* indicano chiaramente e senza equivoco, che *l' obbligo di restituire* s' intende in questi due articoli come nelle sostituzioni graduali, cioè di restituire alla morte del donatario o dell' istituito; e se mai se ne volesse dubitare, svanirebbe ogni dubbio alla rimembranza di ciò che dicea Bonaparte nel consiglio di stato nella seduta del 7 piovoso anno XI. Sulla di lui proposizione fu am-

messa la sostituzione collaterale in favore de' figli de' fratelli o sorelle. Perchè, dicea egli (pag. 424.), lo zio non potrebbe come il padre prevedere che un nipote dissipatore non rapisse la sua successione alla di lui famiglia? I beni non resterebbero lungo tempo fuori del commercio, poichè vi rientrerebbero *alla morte del primo erede*.

» Treilhard, che combattè questa proposizione, dicea che essendovi *anche un grado*, bisognava nominare un curatore alla sostituzione, ed adempire tutte le formalità prescritte per sostituzioni più estese.

» Il primo console, insistendo sempre sulla sua proposizione, disse (pag. 329) che non si proponeva di rimettere le sostituzioni nello stesso modo com' esistevano nell'antico dritto: ma soltanto la *sostituzione del primo grado*; cioè a dire, la chiamata di un *individuo dopo la morte di un altro*.

» Sopra questa proposizione il consiglio decise (pag. 331), che la sostituzione del *primo grado* era ammessa nella linea collaterale, dal che ne venne la necessità, come lo avea prevenuto Treilhard, della nomina di un tutore alla restituzione, e delle altre formalità stabilite nel cap. VI. per la conservazione de' beni e per rendere pubblica la restituzione.

» È dunque dimostrato, che negli artic. 1048 e 1049 (1003 e 1004) l'obbligo di restituire s' intende della restituzione nell' epoca della morte del primo chiamato; e siccome non può ragionevolmente sostenersi che quest' obbligo debba intendersi nell' articolo che contiene il principio generale diversamente da quello che è disposto negli articoli che ne formano le eccezioni, ne segue necessariamente che la espressione indeterminata dell' art. 896 (941) *coll' obbligo di restituire* s' intende della restituzione alla morte del primo chiamato.

» Non altrimenti nell' antica giurisprudenza francese s' intendea l' obbligo indeterminato *di restituire*. Era talmente connaturale alle sostituzioni che il gravato conservasse i beni durante la sua vita, che non vi era bisogno di esprimere che egli non li restituirebbe se non se alla sua morte. Questa condizione era sottintesa. Nelle nostre usanze, dice Thevenot-Dessaule, nel *Trattato della sostituzioni*, cap. LVI, bisogna sostenere, e si sostiene effettivamente, che la condizione della morte del gravato non ha bisogno di essere indicata nè espressamente, nè implicitamente. È questo il sentimento del foro di Parigi. Si presume, che al gravato non sia stato imposto di restituire se non se alla sua morte, a meno che non vi sia nella sostituzione qualche termine, o qualche circostanza che indicasse il contrario. La nostra usanza abituale era di non sostituire che pel tempo della morte del gravato: è regolare il credere che il sostituente abbia anch' egli opinato in questo modo, purchè il *contrario non si trovi disposto*. L' uso costante d' intendere in questo senso *l' obbligo di restituire*, l' ha fatto adoperare semplicemente, senza aggiungervi *alla morte del donatario*, nell' art. 896. (941).

» Questa espressione è tanto meno equivoca, in quanto che è accompagnata *dall' obbligo di conservare*, che la determina; e che è uno de' due caratteri richiesti dal codice per distinguere le sostituzioni vietate da quelle che non lo sono.

» Di maniera che, quantunque nell'antica giurisprudenza francese il semplice obbligo di restituire fosse sufficiente, come abbiam osservato, per far presumere, che il gravato non era obbligato a restituire i beni che in tempo della sua morte, o per determinare ciò che chiamavasi una sostituzione, a meno che non vi fosse nell'atto qualche termine, o qualche circostanza che indicasse il contrario, purtuttavia sotto l' impero del codice l' obbligo di restituire non sarebbe sufficiente se non fosse accompagnato dall' obbligo di conservare; esso non costituirebbe se non un fedecommesso puro, e semplice che avrebbe luogo subitochè l' atto in cui è scritto comincerebbe ad aver il suo effetto, e che per conseguenza trasmetterebbe subito al sostituito il dritto di esigere il rilascio de' beni che gli debbono essere restituiti, come lo insegna il giureconsulto Scevola *nella legge* 41, §. 14, *ff. de legatis*, 3., nell'esame della seguente disposizione:

» Io voglio, o Seja, che tu restituisca a
» Mevia tutto ciò che raccoglierai nella mia

» successione, *a te peto ut quidquid ad te* » *ex haereditate mea pervenerit.... reddas Meviae.* Il giureconsulto domanda se, in virtù di questa disposizione, Mevia, possa subito reclamare il fedecommesso, ovvero se sia obbligata di attendere la morte di Seja; egli risponde che non v' ha motivo perchè non possa subito reclamarlo. *Quaesitum est an statim Mevia fideicommissum a Titia petere possit? Respondit nihil proponi cur non possit.*

» Così la disposizione con cui un testatore donasse a Pietro il fondo Corneliano coll' obbligo di restituirlo a Paolo, senza aggiungervi in qual tempo, non sarebbe ora una sostituzione vietata, ma un fedecommesso puro, e semplice; e subito dopo la morte del testatore avrebbe Paolo il diritto di esigere la restituzione del fondo Corneliano. In una tale disposizione Pietro non sarebbe chiamato, se non per prestare il suo ministero: egli non è che un esecutore testamentario; e se mai si ricusasse, Paolo raccoglierebbe ancora il legato che non può cadere sotto il divieto dell' articolo 896 (941) poichè non vi è l' obbligo di conservare.

» Quest' obbligo, imposto al gravato di conservare i beni durante la sua vita, e di restituirli alla sua morte, è quello appunto, che costituisce ciò che gli autori chiamano *ordine successivo*, perchè in effetti la chiamata successiva, 1. dell' istituito 2. del sostituito, ma solamente dopo che l' istituito ha raccolto, forma un ordine di succedere, che poteva anche in altri tempi turbare l' ordine legittimo delle successioni, e che lo sconvolge ancora oggidì di grado in grado nelle sostituzioni de' maggiorati, le quali, essendo nel tempo stesso l' immagine esatta delle nostre antiche sostituzioni, ed una delle eccezioni al diritto nuovo che le vieta, possono servir meglio di un lungo comentario a far conoscere la natura, ed il carattere delle sostituzioni, che il codice intende vietare.

» Quest' ordine successivo si trova egualmente, ma limitato ad un sol grado, e senza inversione dell' ordine legittimo delle successioni, nelle sostituzioni permesse, coll' altra eccezione, ai padri e madri, ed ai fratelli e sorelle.

» Ed è quest' ordine successivo, che gli autori han sempre indicato come il carattere costitutivo delle sostituzioni: queste non esistono che nelle disposizioni colle quali, gratificando un individuo, se gl' impone restituire l' oggetto della liberalità ad un terzo che viene gratificato in secondo ordine, ovvero, ciò che importa lo stesso, tutte le volte che si dona a due persone, delle quali l' una non debba raccogliere che dopo l' altra; in una parola, sempre che i due gratificati sono chiamati a raccogliere successivamente, e non già simultaneamente, *ordine successivo et non conjunctivo seu simultaneo*; si esprime Peregrino, *de fidecomm.*, art. 17 e 18. *Ved.* Merlin alle *Quistioni di dritto* parola *substitution fideicommissaire* §. 6; ovvero come scrive quest' ultimo autore nello stesso luogo, pag. 44, 2. edizione allorchè la proprietà non deve passare al gratificato in secondo ordine che dopo la morte del gratificato nella prima linea, poichè da questo risulta nelle due chiamate un ordine successivo essenzialmente caratteristico delle sostituzioni fedecommessarie.

» Ma se l' obbligo di conservare i beni e quello di restituirli alla morte sono necessarj per caratterizzare una sostituzione vietata, possono mai questi obblighi determinarsi per congetture, o debbono esser positivamente espressi nell' atto, e come debbono esserlo? Ciò è molto importante ad esaminarsi.

» Il dritto romano accordava un gran favore a' testamenti, e voleva che si ricercasse attentamente la volontà del testatore anche quando sembrasse incerta, *lib.* 96. *ff. de R. I.* Ma era soprattutto per i fedecommessi ch' egli richiedeva l' applicazione di questa regola, *lib.* 95 *ff. de legat.* 3. Lasciava alla prudenza de' giudici la quistion di sapere se esisteva un fedecommesso in una disposizione, e fino a qual grado bisognava estenderlo, *leg.* 7, *Cod. de fideicomm.* Permetteva a' medesimi di stabilire un fedecommesso sopra congetture, *leg.* 64 *ff. de legat.* Da questi principj ne risultò che gl' interpetri, a forza di accumulare e congetture e presunzioni, formarono un caos ed un laberinto inestrigabile della materia delle sostituzioni fedecommessarie. Le aveano

talmente ampliate che eranvi ben poche disposizioni ove non si trovasse qualche sostituzione congetturale. Era questa una sorgente inesausta di ruinosi litigj.

» Il cancelliere d' Aguessau represse questo abuso intollerabile, annunciando nel proemio dell' ordinanza del 1747 che il voto del legislatore era di proscrivere le sostituzioni congetturali affin di prevenire le interpretazioni arbitrarie, e di obbligare i donanti ed i testatori a spiegare le loro volontà in una maniera più espressa; e nell' art. 19 diede un esempio di queste sostituzioni che voleansi fondare sopra congetture, che sembravano molto verisimili, ordinando che i figli che non sarebbero chiamati *espressamente* alla sostituzione, ma che sarebbero messi soltanto in condizione, senza essere gravati di restituire ad altri, non sarebbero in alcun caso riguardati come compresi nella disposizione, ancorchè siano nella condizione della qualità di maschi, che la condizione sia doppia, che i gravati siano obbligati di portare il nome e le armi dell' autore della sostituzione, e che vi sia divieto di fare detrazione della quarta trebellianica, o che vi sieno congetture ricavate da altre circostanze, come quelle della nobiltà e del costume della famiglia, o della qualità e del valore de' beni sostituiti, ed altre presunzioni, alle quali la legge proibisce di avervi alcun riguardo.

» Così, dopo questa legge, le sostituzioni fedecommessarie non si presumono mai: vi bisogna una volontà manifesta, cioè a dire espressa colle parole, o che risulti chiaramente dal senso e dal significato delle parole.

« Nondimeno, si opinò che questa legge non avesse proscritte le congetture immaginate dagl' interpreti, ed adottate da molte decisioni; che lasciasse sussistere le congetture fondate sopra testi precisi del dritto romano; poichè il legislatore avea dichiarato nel proemio, che la sua intenzione non era di abrogarle, e protestava per l'opposto che non avea altro oggetto che confermarne le regole per assicurarne la esecuzione.

» Dopo ciò che abbiamo detto, non è difficile il dimostrare, che sotto l' impero del codice non si può per mezzo di congetture stabilire che una disposizione contenga una sostituzione vietata: ciò sarebbe lo stesso che allontanarsi egualmente dallo spirito del codice e da quello dell' antica giurisprudenza.

» Erasi introdotto l' uso delle congetture nelle sostituzioni per favorire e per far valere la volontà del testatore: oggi tenterebbero ad imaginare de' mezzi per annientarla, e per impedirne la esecuzione.

» Per istabilire una sostituzione più non si può, come sotto l' impero dell' ordinanza del 1747, invocare le congetture ricavate dal testo letterale delle leggi romane, che sono specialmente abrogate dall' art. 7 della legge del 30 ventoso anno XII. D' altronde sarebbe lo stesso, come l' abbiam osservato, invocare la lettera di queste leggi per distruggerne lo spirito; sarebbe violare il principio, che quelle consacrano, e che il codice ha adottato, che ogni clausola ambigua o equivoca debba essere interpetrata nel senso che lascia sussistere l' atto, piuttosto che in quello che lo distruggerebbe (1157) (1110).

» In una parola, il codice qualifica le sostituzioni vietate coll' obbligo espresso *di conservare, e di restituire ad un terzo* Art. 896 (941). Bisogna dunque che quest'obbligo sia espresso nella disposizione, o che quest'obbligo possa essere supplito da congetture cavate dalle leggi romane. La corte di Bruxelles ha giudicato il 4 aprile 1807, che l' espressioni le quali secondo queste leggi stesse, caratterizzavano una sostituzione fedecommessaria » io prego il mio erede di restituire i miei beni al tale » oggi non sono più sufficienti per caratterizzare una sostituzione vietata, poichè non essendo concepite in termini imperativi, non conferiscono alcun dritto a quello cui l' erede è pregato di restituire. Questa decisione, conforme a' veri principj del codice, è stata confermata da un' altra resa il 5 giugno 1809 dalla corte di cassazione sulle conclusioni del diligente e profondo procuratore generale Merlin. Perchè diceva egli, le leggi romane davano, in materia di fedecommesso, un senso imperativo alle parole *io prego*, *io desidero*? Perchè si presume che un testatore, che stende le sue ultime disposizioni, non abbia

scritto cose inutili; perchè le sue espressioni debbono sempre interpetrarsi nel modo il più proprio per accordare ad esse gli effetti che sono autorizzati dalla legge, perchè sotto una legislazione che autorizza le sostituzioni fedecommessarie si debbe piuttosto supporre in un testatore che prega, la intenzione di fare una sostituzione di questo genere, che la intenzione di fare una disposizione puramente illusoria . . . . . Ma queste ragioni possono aver tra noi la stessa forza che aveano nel diritto romano? All'opposto, non si sono esse neutralizzate tra noi per questo gran principio, che l'istesso diritto romano ci somministra? Nel dubbio sul senso di una clausola, l'interpetrazione che tende a convalidare l'atto di cui questa clausola fa parte, deve esser preferita alla interpetrazione, che tendesse a farlo annullare. *L. 12 ff. de rebus dubiis.*

» Qual è la conseguenza di questo principio applicato alla causa di cui si tratta? Ne segue, che per la ragione di esser ambigua debba essere interpetrata in un senso tale, che non ne risulti una sostituzione, poichè se essa contenesse una sostituzione, vizierebbe anche la istituzione dell'erede. Per verità, interpetrando così questa clausola, si rende la stessa assolutamente illusoria. Ma oltre la regola, la quale prescrive, che nel dubbio non si presume di aver un testatore scritte cose inutili, ve ne è un'altra, la quale dice che nel dubbio non si presume che un testatore abbia voluto far ciò che la legge gli proibiva, e molto meno ciò che avrebbe annientata la sua disposizione principale.

» Or nella collisione di queste due regole è indubitato, che la prima debba cedere alla seconda.

» Riconosciamo dunque questo principio che, sotto l'impero del codice, le congetture non sono ammesse per ristabilire che una disposizione contenga una sostituzione, ed in conseguenza per farla annullare. Bisogna che l'obbligo di conservare e quello di restituire siano espressi nell'atto, o che risultino da una conseguenza necessaria.

» Dopo i principj che abbiamo spiegati, conviene esaminare, in un modo più preciso, quali siano i fedecommessi, che cadono sotto la nullità pronunziata contro le sostituzioni, e quindi fare l'applicazione di questi principj alle specie che potrebbero sembrar dubbie, perchè si crederebbe riconoscervi tracce di sostituzione; perciocchè se ogni peso di restituire caratterizza un fedecommesso non è ciò che si chiama una sostituzione.

» Tutti i fedecommessi si possono ridurre a tre specie principali; cioè fedecommessi puri e semplici, fedecommessi a termine certo od incerto, e fedecommessi condizionali.

» I fedecommessi puri e semplici son quelli, l'esecuzione de' quali non è sospesa da alcuna condizione, nè da alcun termine; che hanno luogo, e che sono esigibili, subitocchè l'atto, nel quale sono scritti, comincia ad avere il suo effetto; e che per conseguenza sono trasmessibili all'erede del fedecommessario, quantunque questi sia morto prima di averne ottenuto il rilascio, poichè il trasferimento della proprietà si opera direttamente ed immediatamente dalla parte dell'autore della liberalità a favore di quello che n'è l'oggetto. Colui ch'è gravato di restituire, non fa che prestare il suo ministero: egli non è che una specie di esecutore testamentario. Io dono a Pietro il fondo Corneliano a condizione di restituirlo a Paolo. Questa specie di fedecommesso che non è stato mai annoverato nella clase delle sostituzioni, e che non potrebbe esserlo senza un abuso di parole, non cade sotto la disposizione proibitiva dell'art. 196 (941). Non vi si scorge affatto ciò che caratterizza le sostizioni, e quell'ordine successivo, quella trasmissione successiva dal primo gratificato al secondo, dopo che il primo ha raccolto. Nè ancora si possono elevar più dubbii sul punto di sapere se presentemente come altre volte, il semplice obbligo di restituire basti per far presumere che la restituzione non debba esser fatta se non dopo la morte del gravato, e per stabilire così una sostituzione congetturale.

» In fine il fedecommesso puro e semplice è specialmente autorizzato negli atti tra vivi dall'art. 1121 (1075 R), che permette di stipulare a vantaggio di un terzo allorchè tale sia la condizione di una donazione che si

fa ad un altro: Io ti dono a condizione di restituire a Paolo. Ecco un vero fedecommesso puro e semplice.

» I fedecommessi a termine son quelli la di cui esecuzione non è sospesa da veruna condizione, ma soltanto da un termine. Il fedecommessario ne acquista il dritto, dal momento in cui l'atto che li contiene comincia ad avere il suo effetto; e se quest'atto è un testamento, lo ha dal momento della morte del testatore. Questo diritto, come quello del gravato, si acquista nel medesimo istante ed ancora invariabilmente; il solo rilascio è ritardato dal termine: *cedit dies sed nondum venit*. Qui nettampoco vi ha quell'ordine successivo che forma il vero carattere delle sostituzioni: quella trasmissione successiva, ma incerta, di un primo gratificato, ad un secondo: parimenti non sono comprese simili disposizioni nella classe delle sostituzioni. L'art. 1121 (1075 R) che permette di donare ad un terzo non ha escluso la condizione di donare in un termine fisso; e l'art. 1041 (996) non parla de' fedecommessi a termine certo od incerto, se non per dichiararli validi.

» Ma prima di spiegare quest'ultimo articolo, conviene osservare, che il termine di un fedecommesso, può esser certo o incerto. È certo allorchè non vi ha affatto incertezza sull'arrivo del giorno fissato per termine: per esempio, io dono a Pietro a condizione di restituire a Paolo o a suoi eredi nel corso di dieci anni a contare dal giorno della mia morte.

» È incerto, quando non può conoscersi il momento in cui giungerà il giorno fissato per termine. Le leggi ne offrono per esempio il caso in cui io donò a Pietro a condizione di restituire a Paolo quando quest'ultimo morirà; questa è appunto la specie dell'art. 1041 (996). Il legato è puro e semplice, dice Papiniano, perchè non è sospeso da una condizione, ma da un termine, poichè la condizione non può non esistere. » *Purum legatum est, quia non conditione sed mora suspenditur, non potest enim conditio non existere. L. 79 ff. de Condit. et demonstr.*

» Il dritto è acquistato da Paolo nell'istante medesimo della morte del testatore, e nel momento medesimo che il dritto è acquistato da Pietro. La trasmissione si opera dunque direttamente, ed immediatamente, come l'esige Jaubert, dalla parte dell'autore della liberalità a favore di colui che n'è l'oggetto, poichè è non dubbioso che quantunque Paolo non abbia il dritto di dimandare il rilascio del legato durante la sua vita, può egli però venderne, ed ipotecarne la proprietà che gli appartiene, ed alla quale l'usufrutto si consoliderà all'epoca della sua morte.

» La natura di questa disposizione è dunque totalmente diversa da quella delle sostituzioni, nelle quali il sostituito non acquista alcun diritto prima della morte del gravato, ma solamente la speranza di un diritto, che non può esser alienato, nè ipotecato validamente. Bisogna dunque, ad esempio del dritto romano, non confondere col fedecommesso condizionale il fedecommesso a termine che non è fedecommesso se non di nome, e che non cade più del fedecommesso puro e semplice sotto il divieto dell'art. 896 (941), purchè siano a favore di una persona capace di ricevere. Ne abbiamo la prova nell'art. 1041 (996), secondo il quale la condizione, che nell'intenzione del testatore non fa che sospendere la esecuzione della disposizione, non impedisce all'erede istituito o legatario di aver un diritto acquistato e trasmisibile a'suoi eredi.

» Ecco la specie di questo articolo ch'è benanche quella della legge 79 *ff. de Condit. et demonstr.* qui innanzi citata, d'onde trae la sua origine: Io istituisco Paolo mio erede, e lo gravo di dare cento scudi a Tizio, allorchè quest'ultimo morrà *Haeres meus cum morietur Titius, centum ei dato.* La ragione di dubitare se questa disposizione era condizionale, è che la congiunzione *allorchè, cum*, importa ordinariamente una condizione. La ragione di decidere è che qui la condizione non ha che l'effetto di un termine, perchè, come l'osserva Papiniano, deve essa necessariamente arrivare. Ved. Pothier *des obbligations*, n. 204; Wolff. *Jus nat.* part. 3, §§. 502 e 503.

» Questa è precisamente la specie inversa delle sostituzioni; in esse il sostituito non avendo acquistato alcun diritto prima delle

morte del gravato, ma soltanto una semplice speranza subordinata alla sua sopravvivenza, tutt'i diritti restano nella incertezza fino all'evento della condizione. L'interesse del commercio, e quello dell'agricoltura esigevano la proscrizione di queste disposizioni che poteano tener tutti i dritti nella incertezza per molte generazioni.

» All'opposto, nel caso delle disposizioni di cui parla l'art. 1041 (996), ove il rilascio del fedecommesso è differito alla morte del fedecommissario, tutt'i diritti sono irrevocabilmente fissati fin dal momento della morte del testatore: non vi resta d'incerto se non il termine in cui deve finire il godimento dell'erede. Il commercio e l'agricoltura non sono qui più interessati che alla separazione momentanea dell'usufrutto e della proprietà, che il codice ha permesso e con ragione. Esso dunque non ha dovuto comprendere queste disposizioni nella nullità pronunziata contro le sostituzioni.

» Il fedecommesso condizionale è quello, ch'è fatto per aver luogo nel caso di un avvenimento futuro ed incerto preveduto dal donante, il di cui effetto resta per conseguenza sospeso fino all'avvenimento della condizione.

» Tutte le sostituzioni sono fedecommessi condizionali: ma tutti i fedecommessi condizionali non sono sostituzioni. Conviene spiegare siffatta differenza.

» Non è questo però il luogo di estenderci sopra i principii relativi alle condizioni in generale; saranno essi sviluppati nel tit. III, cap. IV, sez. 1; e vedremo qui appresso al cap IV, sez. 2, quali siano in particolare le condizioni che possono essere messe alle donazioni tra vivi, o testamenti: ma non possiamo qui passar sotto silenzio un principio particolare a' legati ed alle sostituzioni.

» In quanto ad esse, il termine o il giorno incerto equivale ad una condizione. *Dies incertus conditionem in testamento facit. L. 75. ff. de cond. et demonstr.*

» In generale, bisogna che la condizione sia di una cosa che possa o non possa avvenire. La condizione di una cosa che avverrà sicuramente non è propriamente una condizione, e non sospende la obbligazione; essa ne differisce soltanto la esigibilità, come un termine di pagamento. Questo principio ha tutta la sua forza negli atti tra vivi, per mezzo de'quali contrattiamo tanto per noi quanto per i nostri eredi.

» È ben altrimenti per i legati e per le sostituzioni fatte anche con atti tra vivi. Quantunque il fatto che si è posto per condizione debba certamente accadere, se è certo il tempo in cui accaderà, e se sarà in vita del legatario o del sostituito, esso diviene una vera condizione, per la ragione che una tale disposizione riputandosi fatta per la persona medesima del legatario o del sostituito, il dritto che ne risulta non può essere acquistato che da essa. Così la condizione messa a questa liberalità non può adempirsi utilmente se non in vita della persona gratificata; d'onde ne siegue che, sebbene sia certo che l'avvenimento accaderà, basta che sia incerto se accaderà in vita di questa persona, perchè la disposizione sia condizionale, poichè è incerto se sarà dovuta qualche cosa.

» Ed è per questa ragione che Papiniano decide, L. 79. §. 1., *ff. de condit, et demonstr.*, che se ho gravato il mio erede di un legato allorchè morrà, *cum morietur*, il legato è condizionale. Istituisco Paolo mio erede, ed allorchè morrà voglio che restituisca la mia successione a Pietro. Questo legato è condizionale. Non è già che la morte di Paolo sia incerta; ma è incerto quando avverrà, è incerto se Pietro gli sopravviverà, ciò ch'è necessario perchè la disposizione abbia il suo effetto; poichè se Pietro muore prima di Paolo, nulla trasmette ai suoi eredi; la sostituzione diviene caduca, perchè non avendo alcun diritto prima della morte di Paolo, niente egli avea che potesse esser trasmessa. La speranza svanisce colla sua morte. La incertezza della morte di Pietro fa degenerare il giorno certo in condizione. Tutte le sostituzioni sono dunque condizionali di loro natura: e questa condizione è tacita, ed inerente all'atto quantunque non vi sia espressa.

» Ma di più, la loro esistenza può esser sottoposta alla condizione espressa di un avvertimento, dal quale esse dipendono; per

esempio, io istituisco Paolo erede universale, e se il tale naviglio ritorna dall' Isola di Francia, gl' impongo *di restituire alla sua morte* la mia successione a Pietro. Se il naviglio ritorna, la sostituzione esisterà, e non sarà meno condizionale nel senso del n. precedente; se egli non ritorna, essa non avrà giammai esistita; poichè non era stata fatta che sotto questa condizione. Eccone un altro esempio.

» Istituisco Paolo mio erede universale, e se muore prima de' 25 anni, o se muore senza figli, io gl' impongo di restituire la mia successione a Pietro. Quì vi è ancora una sostituzione fatta sotto condizione. Se Paolo giugne all' anno 25, se ha figli, la sostituzione non avrà mai esistita; ma se muore prima de' 25 anni, o senza figli, la sostituzione avrà esistita. Egli non avrà potuto disporre de' beni; vi sarà stato l' ordine successivo di proprietà prima sul di lui capo e fino alla sua morte, di poi ed in secondo ordine sul capo di Paolo; ordine successivo che non è in suo potere d' impedire.

» In questa specie, come nella precedente, si trova dunque ciò che caratterizza le sostituzioni, obbligo al gravato di conservare durante la sua vita, e di restituire alla sua morte; in una parola quell' ordine successivo di chiamata, di un primo gratificato, e poi di un secondo, che raccoglie dopo il primo.

» È vero, che quest' ordine successivo è stabilito condizionalmente e non già in una maniera assoluta; ma vietando le sostituzioni, l' articolo 896 (941) non ha fatto distinzione tra quelle sotto condizione. La sua disposizione è generale, e non bisogna far una distinzione che non è nella legge. Sono dunque le sostituzioni condizionali comprese nel divieto generale.

» Ma bisogna ben osservare che vi hanno disposizioni a condizione di restituire che non sono sostituzioni vietate dal codice. Si può citarne, per primo esempio, la donazione a condizione di restituire ciò che resterà de' beni alla morte del donatario, *id quod supererit*. Io dono i miei beni a Paolo per disporne in tutta proprietà, e come meglio gli sembrerà, ma a condizione, se non ne ha disposto prima della sua morte, di restituire a' miei eredi ciò che potrà ancora esistere de' miei beni.

» Le disposizioni di questa specie erano e sono tuttavia molto usitate in Brettagna, specialmente tra mariti e mogli. I conjugi si donavano reciprocamente tutti i loro mobili e tutti i loro acquisti, colla facoltà di disporne, ma a condizione, che ciò che resterà de' beni alla morte dell' ultimo, sarà diviso tra i suoi eredi e quelli del premorto. Queste disposizioni sono state sempre considerate come valide sotto l' impero della consuetudine di Brettagna, che nulladimeno non ammetteva le sostituzioni. Esse debbono continuare ad esser riputate tali sotto l' impero del codice; perchè non contengono uno de' caratteri essenziali delle sostituzioni vietate, cioè *il peso di conservare*. Non cadono dunque sotto la proibizione dell' art. 896 (941).

» D' altronde non bisogna confonderle col dritto di riversione che non può essere stipulato fuorchè a beneficio del solo donante, art. 951 (876), poichè il dritto di riversione è di ostacolo al gravato di alienare validamente, mentre le disposizioni di cui si tratta permettono al donatario di alienare con atto tra vivi.

» Intanto le leggi romane, ove si trovano esempj di queste disposizioni che sono veri fedecommessi in tutta la forza del termine, non permettevano che colui, il quale era gravato di restituire ciò che resterebbe de' beni, potesse alienarli senza necessità; e volevano che questo potere fusse regolato dall'arbitrio di un uomo dabbene. Giustiniano nella Novella 108 avea anche fissati, riguardo alle alienazioni fatte di buona fede, taluni limiti che l' arbitrio del giudice non potea oltrepassare; ma queste restrizioni che non erano mai state ricevute in Bretagna, non sono ammesse dal codice civile contro il testo della donazione. Il donatario può dunque alienare senza restrizione per atto tra vivi; ma il può per testamento? È questa una quistione ch' è stata risoluta diversamente. La corte reale di Rennes si è pronunziata per l' affermativa con due decisioni, l' una del 29 luglio 1808, e l' altra del 1818. Noi però abbia-

mo per lungo tempo pensato per la negativa. Riflettendovi più ponderatamente, pensiamo che questa è una quistione abbandonata alla prudenza del magistrato, poichè dipende unicamente dalla volontà del testatore, o del donante, *voluntatis quaestio in aestimatione judicis est*, *L. 17 cod. de fideicom.* Il testatore poteva, senza dubbio, autorizzare il fiduciario a disporre de' beni con testamento. L'ha egli voluto, o non l'ha voluto? Se non si è spiegato formalmente, la risposta non può trovarsi che nella interpetrazione dell' atto. Quindi in qualunque modo la quistione sia decisa, è difficile che il giudizio dia luogo a cassazione.

» Potrebbe dirsi forse, che tutte le volte che l' atto contenga la facoltà di *disporre*, secondo la formola » per goderne, e *disporre* come beni proprj », il fiduciario abbia la facoltà di testare. Ma questa regola non ha niente di sicuro, poichè nella redazione degli atti non si è abbastanza esatto nella proprietà delle espressioni.

» Ecco un secondo esempio di una disposizione che sembra col peso di restituire, e che nulladimeno non contiene una sostituzione vietata nel senso del codice. Io ho un figlio, un nipote, o un amico all' armata, e nella incertezza in cui vivo della sua sorte, dono tutt' i miei beni a Paolo, a condizione di restituirli al mio figlio, al mio amico, se ritorna dall' armata.

» Ovvero, io dono i miei beni a Paolo a condizione di restituirli a Pietro, se la tale nave ritorni dall' isola di Francia.

» Grenier, al *Trattato delle donazioni*, tom. I, pag. 126, 2. ediz., insegna che non vi è sostituzione in quelle disposizioni, ed assicura, che molti celebri giureconsulti sono della sua opinione. Essi hanno perfettamente ragione. Vi sarebbe la sostituzione fatta sotto condizione, se la disposizione contenesse: io dono i miei beni a Paolo, e l'obbligo di restituirli alla sua morte a Pietro, se ritorna dall' armata, se un tal naviglio giunga dall' isola di Francia. Vi sarebbe allora *un ordine successivo* stabilito condizionalmente; ma quest' ordine successivo non esiste nella disposizione che obbliga Paolo di restituire a Pietro se questi ritorna dall' armata, o se il tale naviglio ritorna dall' isola di Francia, Paolo non è gratificato in primo ordine, e Pietro in secondo ordine. Se la condizione si verifica, la proprietà non deve passare in primo ordine a Paolo, ed in secondo a Pietro. Al contrario, avverandosi la condizione, Pietro riceverà la proprietà direttamente dal donante, poichè la condizione risolutiva rimette le cose nel medesimo stato come se la disposizione a favore di Paolo non fusse esistita. Art. 1183 (1136). Nelle sostituzioni il gravato è sempre preferito al sostituito; al contrario nel fedecommesso condizionale il fedecommessario è l' oggetto diretto della liberalità; è desso il preferito se la condizione si avvera. La liberalità fatta al primo è nel voto del donante, destinata ad essere annientata colla verifica della condizione che risolve la prima disposizione. Al contrario la liberalità fatta al gravato nelle sostituzioni, deve in ogni caso esser la prima di preferenza al sostituito, il quale non è chiamato se non dopo che il primo chiamato ha raccolto. Non bisogna dunque confondere le sostituzioni, che sono caratterizzate dall' ordine successivo o dal peso di restituire alla morte del gravato, e dopo che egli ha raccolto, colle disposizioni che si possono risolvere verificandosi la condizione, o pur con quelle che contengono il peso di restituire subitochè si avvera il caso della condizione. Se le sostituzioni sono vietate dall' art. 896 (941) del codice, le disposizioni condizionali che si possono risolvere sotto condizione son permesse dall'art. 1040 (995), dall'art. 898 (936 A) del codice, e dall'art. 1121 (1075 R) che permette di stipulare a favore di un terzo, quando tale è la condizione di una donazione che si è fatta ad altri. Il donante dunque può gravare il donatario di restituire ad un terzo; e se egli lo può puramente, e semplicemente, perchè nol potrebbe condizionalmente? Io dono a Paolo il fondo Corneliano, a condizione che ne restituirà la metà a Pietro; questa disposizione è evidentemente permessa dall'articolo 1121 (1075). Perchè non potrei io donare a Paolo a condizione di restituire a Pietro, se il tale naviglio arriva dall' isola di Francia, ovvero se egli ritorna dall'armata?

» Non si tratta dunque che di ben distinguere le specie secondo i principj stabiliti. La corte di Bruxelles ne ha fatta una giusta applicazione alla specie seguente. Maria Robert, moglie di Massart, avea legata la metà di tutti i suoi beni a Giovan-Giuseppe Massart, suo cognato, in piena proprietà, volendo però che se sua figlia Errichetta Massart giungeva all' età maggiore, il legato della proprietà si convertisse in semplice usufrutto e che la proprietà appartenesse a sua figlia.

» La testatrice morì e dopo essa Errichetta Massart prima di giungere alla maggiore età.

» I suoi eredi attaccarono il testamento e pretesero trovarvi una sostituzione in ciò che i beni erano stati legati a condizione di conservarli, e restituirli almeno in quanto alla proprietà ad Errichetta Massart, se giungeva alla sua maggiore età. Il legatario rispose, che nulla egli dovea trasmettere ad Errichetta Massart; che se questa fosse giunta alla sua maggiore età avrebbe ricevuta direttamente da sua madre la proprietà de' beni di cui si tratta; e che la verifica di questa condizione risolutiva avrebbe risoluta la disposizione fatta in di lui favore, come se non fusse mai esistita, e ciò secondo l' articolo 1183 (1136). In tal caso non vi era ordine successivo. La corte di Bruxelles opinò nello stesso modo, e con arresto del 13 dicembre 1809 riformò la sentenza de' primi giudici, che aveano creduto esservi una sostituzione, dacchè la proprietà risposava sul capo di Giuseppe Massart primo chiamato finchè si verificava la condizione, dopo di che essa ricader dovea sul capo di Errichetta Massart; ma quella proprietà non vi riposava che condizionalmente, in una maniera che potea risolversi colla verifica della condizione che avrebbe resa la disposizione come non avvenuta.

» Conviene ben rimarcare la differenza di questa specie con quella che abbiam proposta di sopra. Istituisco Paolo mio erede, e *se muore* prima degli anni venticinque, ovvero senza figli, lo gravo di restituire i miei beni a Pietro. Qui vi è sostituzione condizionale, perchè vi è ordine successivo; peso dato a Paolo di conservare i beni durante la sua vita, e di restituirli alla sua morte a Pietro, se muore prima degli anni venticinque.

» Al contrario, nella specie proposta alla corte di Bruxelles, Massart, lungi di essere gravato a conservare i beni durante la sua vita, era in vece gravato a restituirne la proprietà appena verificata la condizione.

» La disposizione condizionale si riduceva dunque alla specie dell' art. 899 (944) che permette di donare l'usufrutto ad uno, e la nuda proprietà ad un altro.

» Ma relativamente a quest' ultimo articolo si fa nascere una difficoltà sulla specie seguente. Io dono a Tizio tutti i beni di cui mi è permesso disporre, purchè ne goda, e disponga, a contare dal giorno della mia morte, nel solo usufrutto, sua vita durante .... Io voglio, che dopo la morte di Tizio il legato universale, a lui fatto, appartenga a' suoi figli in piena proprietà, e godimento.

» Si domanda se in questa specie è stato dato solamente l' usufrutto a Tizio e la proprietà a' suoi figli, come lo permette l' art. 899 (944) ovvero se il testatore ha legata a Tizio anche la proprietà de' suoi beni, gravata da una sostituzione fedecommessaria, vietata dall' art. 896 (941)?

» La difficoltà nasce da una distinzione fondata sopra due leggi romane, e sviluppate da Voet nelle *Pandette* al titolo *de Usufructu* n. 11., ed indi da Merlin, *Questions de droit*, v. Substitution fideicommissaire §§. 5 e 6. Il Voet pensa bene, che se il testatore in vece di cominciare da legare l' usufrutto, ha principiato da legare i beni in generale, si presume aver legata la proprietà di questi beni, quantunque aggiunga in seguito della disposizione, che il legatario non ne potrà godere che durante la sua vita, e nel solo usufrutto, e che in nessun caso potrà alienarli; che la proprietà una volta data per un legato puro e semplice *di beni*, non si reputa tolta colla clausola che il legatario non godrà che durante la sua vita in usufrutto, e senza poter alienare, giacchè non sono due cose contradditorie tra loro, cioè l' esser proprietario e non esserlo che per un tempo limitato, per la durata della vita, e senza facoltà di alienare, co-

me avviene nel caso delle sostituzioni ove il gravato è proprietario.

» Secondo questa dottrina, Merlin avea da prima opinato, che seguendo le leggi romane vi è sostituzione nella specie proposta, e che per conseguenza la disposizione è colpita di nullità. Sarebbe stata una sostituzione congetturale fondata sulle leggi 15, *ff. de auro et argento legatis*, e 12 *de usufructu earum rerum quae usu consumuntur*.

» Ma questa presunzione non era ammessa dal dritto romano, oggidì abrogato, che per estendere, e favorire la volontà del testatore; e se si ammettesse sotto l'impero del codice, ciò sarebbe per distruggerla e per annientarla.

» Così questo dotto magistrato ha abbandonati i principj del dritto romano, ed ha vigorosamente combattute le sostituzioni congetturali ancorchè ricavate dal testo delle leggi romane. Si può osservare nelle sue conclusioni, che determinarono la decisione del 5 giugno 1809 con quale energia sostenne, che nel dubbio una clausola ambigua debba essere interpetrata in un senso tale che non ne risulti una sostituzione, per la ragione che se questa clausola contenesse una sostituzione vizierebbe la istituzione, e che un testatore non si presume mai aver voluto fare ciò che la legge gli vietava, ed ancor meno ciò che avrebbe annullato la sua disposizione principale.

» Tali sono i principj che convien seguire sotto l'impero del codice. Il tribunale civile di Parigi ne fece una giusta applicazione alla specie di cui si tratta, nella causa del testamento del signor Lepestre-de-Châteaugiron a favore della signora Castagny e suoi figli, la di cui specie può osservarsi nel *Trattato delle Donazioni* di Grenier, tom. I, pag. 129, 2. ediz.

» Questo autore ci fa sapere che dietro il più maturo esame della causa il giudizio non fu attaccato, disperandosi di farlo riformare.

» Lo spirito generale della legge, quello della giurisprudenza, delle corti reali, e della corte di cassazione, è di non annullare una disposizione fatta dopo la pubblicazione del codice, se non quando essa offre *necessariamente* una sostituzione, e che non possa esser sostenuta nè interpetrata in verun altro modo.

» Quindi è che non si può ravvisare alcuna sostituzione nella specie di cui parla Henrys, e che si era presentata sotto la consuetudine d'Auvergne, che proibiva le sostituzioni fatte per testamento. Un testatore avendo quattro figli, due maschi e due femmine, donò il quarto di tutti i suoi beni a titolo di anteparte e prelegato a quello de' figli, Simone ed Amabile, che vivrebbe fino ai venticinque anni, trovandosi l'altro già morto; e se tutti due giungevano all'età di venticinque anni, Simone avrebbe le tre quarte parti del quarto, ed Amabile l'altro quarto del detto quarto.

» Simone morì prima degli anni venticinque. Amabile pervenuto a questa età, pretese avere il quarto de' beni per prelegato. Le sue sorelle pretesero al contrario, che questo legato era nullo, poichè contenea una sostituzione vietata.

» La ragione di dubitarne era che sembrava, che il padre avesse legato il quarto de' suoi beni ai suoi due figli, e che avea voluto, che mancando l'uno, l'altro avesse il tutto; e che vi era in conseguenza una sostituzione reciproca tra loro.

» La ragione di decidere era, secondo il dotto Henrys, che la consuetudine di Auvergne non vietava di legare sotto condizione, e di sospendere il legato per questa condizione; che secondo le leggi, se l'eredità intiera può restare sospesa, con più forte ragione il può un semplice legato; e la condizione preveduta, verificandosi, ha un effetto retroattivo, in virtù del quale quello de' fratelli che sopravvive si presume aver raccolto tutto il legato dal giorno della morte del testatore, il quale temendo, che uno de' suoi figli non morisse prima de' venticinque anni, e non potendo giudicare quale di essi vivrebbe di più, avea voluto, con una savia previdenza, non fare legatario nè l'uno nè l'altro che sotto condizione, e non donare questo quarto che a quello soltanto, che vivrebbe fino a venticinque anni trovandosi l'altro già morto; che in questa disposizione vi è doppia condizione, l'una della età, l'altra della morte di uno de' fra-

telli; che siccome per avere il quarto de' beni bisognava attendere i venticinque anni, conveniva ancora sopravvivere all'altro fratello, e che questi morisse prima di questa età; che in tal modo colui che ha sopravvissuto è legatario di tutto il quarto, e lo riceve direttamente e per via obbliqua, quantunque l'effetto del legato sia stato non solamente differito, ma ancora sospeso, e che per l'effetto retroattivo della condizione quello de' due fratelli, che ha sopravvissuto è ancora riputato legatario di questo quarto dal giorno della morte del padre.

» Che il testatore si era spiegato ancor meglio colla seconda clausola portante, che se entrambi giungevano all'età di venticinque anni, Simone avrebbe i tre quarti del quarto, ed Amabile l'altro quarto del detto quarto. Da ciò può dedursene, che prima di questa età essi non aveano alcuna porzione; che tutto era sospeso, e che se ambidue fussero morti prima, non vi sarebbe stato più il legato del quarto; il che dimostra, che il premoriente non avea acquistato diritto alcuno; che nulla ha trasmesso a suo fratello, e che semplicemente gli ha dato luogo.

» Questa opinione di Henrys è adottata da Chabrol sulla *Consuetudine d'Auvergne*, tom. II, pag. 127, e da Grenier, *Trattato delle donazioni*, tom. I, pag. 117.

» Vi sarebbe stata sostituzione nella specie precedente, se il testatore avesse legato il quarto de' suoi beni a' suoi figli in eguali porzioni, ed avesse sostituito l'uno all'altro nel caso che l'uno de' due morisse prima de' venticinque anni.

« La specie seguente, che è stata sommessa alla decisione della corte di cassazione, farà comprendere tutta l'estensione del principio, che abbiamo stabilito. Si presenta il caso, che un testatore abbia legato il fondo Corneliano unitamente a più persone, con dichiarazione, che apparterrebbe al sopravvivente. Nel fatto, la damigella Hamelin avea legato a Maria-Francesca Lense sua Zia, ed a Pietro Dorbec suo marito, se sopravvivesse sua moglie, la proprietà di tutti i suoi effetti mobiliari, volendo, che il superstite de' due, sia il Zio, sia la Zia, godesse della sua successione mobiliare come meglio sembrerà, legando all'uno ed all'altro i suoi mobili ed effetti, per cui gli istituiva suoi legatarj universali.

» Questa disposizione fu attaccata come quella che contenea una sostituzione vietata. Si dicea, che ciascuno de' legatarj prendeva la metà de' beni a condizione di conservarla durante la sua vita, e di restituirla alla sua morte a quello che sopravviverebbe; ciò che costituirebbe una vera sostituzione reciproca, la quale annullerebbe la intera disposizione.

» Nondimeno i primi giudici, ed il tribunale di appello di Caen opinarono, che non vi era sostituzione, e la decisione fu confermata dalla corte di cassazione, atteso che il giudizio attaccato avea deciso con ragione, secondo i termini del testamento, che non vi era sostituzione. La decisione è del 26 luglio 1808, ed è riportata da Denevers, anno 1808, pag. 371.

» Si può dire in fatti, che ciascuno de' due legatarj debba essere, fino alla verifica della condizione, considerato come l'usufruttuario della sua metà, usufrutto che si consoliderà alla proprietà di tutto in favore del superstite; che la proprietà è sospesa fino alla morte del premoriente, ciò che rende il legato puramente condizionale in quanto alla proprietà senza che vi sia sostituzione; e siccome convien sempre interpetrare le clausole ambigue nel senso che non ne risulti una sostituzione, che vizierebbe la istituzione; così questa interpetrazione debbe esser preferita.

» Questo medesimo principio è stato seguito da una decisione della corte di Besanzon del 29 marzo 1811, nella specie di un legato fatto a tre individui, ed al superstite di essi. Giovan-Pietro Titon avea legata la metà di una casa a Giovan Claudio Billet, a Giovanna-Filiberto Buel sua moglie, a Giovanna Melania loro figlia, ed al superstite di questi tre. La corte di Besanzon opinò, che questa disposizione non offriva una sostituzione, poichè due principj invariabili debbono regolare la interpetrazione delle disposizioni di ultima volontà; l'uno, che nel dubbio un testamento debbe essere interpetrato in modo da renderlo valido piuttosto che ren-

derlo nullo; e l'altro, che un testatore si presume sempre aver voluto uniformarsi alla legge, piuttosto che violarla.

» Che sarebbe lo stesso andar direttamente contro lo spirito delle leggi romane applicando ad un testamento fatto dopo il codice, ed affin di distruggerlo, talune disposizioni che esse aveano stabilito unicamente per conservare e far valere gli atti di ultima volontà.

» Che lo spirito generale della giurisprudenza, sia delle corti di appello, sia della corte di cassazione, è di non annullare una disposizione fatta dopo il codice, se non quando essa presenta necessariamente una sostituzione, e che non possa essere sostenuta in alcun modo. La decisione è riportata nella *giurisprudenza del codice civile*, tom. XVI, pag. 217.

» Nelle consuetudini d'Auvergne e del Burbonnais, che al pari del codice annullavano le disposizioni testamentarie, allorchè conteneano una sostituzione, si seguiva in tutta la sua estensione il principio, che non bisogna annullare una disposizione se non quando contiene necessariamente una sostituzione, e che non può essere interpetrata in alcun altro modo. Ne abbiamo già dato un esempio. Eccone un altro molto proprio ad illustrare ed avvalorare il principio.

» Un padre avea legato a sua moglie il quarto o tutt'altra parte de' suoi beni nel caso che i di loro figli morissero prima di essa. Talune antiche sentenze aveano annullate simili disposizioni, che sembravano presentare una sostituzione in ciò che la moglie era chiamata in mancanza e dietro premorienza de' figli. Se ne conchiudeva, che bisognava considerare questi legati nello stesso modo come se i figli fussero stati istituiti, e gravati di restituire alla loro morte; che questa era un'arte per eludere il divieto della consuetudine; in una parola, era una sostituzione simulata.

» Ma questa pretesa sostituzione simulata non si ravvisava che interpetrando la disposizione, la quale non ingiungeva ai figli, che nettampoco erano istituiti, il peso di conservare durante la loro vita, e di restituire alla loro morte. Se le potea dare un'altra interpetrazione, e dire con più ragione, che questo non era che un legato condizionale fatto alla madre sotto la doppia condizione, 1. ch'ella sopravvivesse ai suoi figli; 2. che questi non avessero disposto prima della loro morte, e che la condizione essendosi verificata, il legato era divenuto puro e semplice. La disposizione potea dunque ridursi al peso di restituire ciò che resterebbe alla morte de' figli, *si quid supererit*, disposizione, che non è vietata. In questo modo la giurisprudenza posteriore interpetrava tali disposizioni sotto le consuetudini d'Auvergne, e del Burbonnais, come lo attestano Chabrol *sulla consuetudine d'Auvergne*, pag. 128 e 129, ed Auroux des Pommiers sull'art. 324, n. 19, *della consuetudine del Burbonnais*. Questi autori aggiungono, che tale era ancora la opinione degli Avvocati di queste provincie, e di quei di Parigi; essa ci sembra uniforme allo spirito del codice, quantunque Grenier con difficoltà vi si renda, tom. I. pag. 118, poichè crede, che la disposizione, di cui si tratta, offre *necessariamente* una sostituzione in ciò che la moglie non è legataria dell'usufrutto, ma della proprietà, che appartiene da prima ai figli in virtù del dritto di sangue, per passare quindi alla moglie, se essi premuojono. A noi sembra, per l'opposto, che questa disposizione non contiene *necessariamente* una sostituzione, poichè si può intenderla più naturalmente del legato di ciò che resterà alla morte de' figli: legato che non contiene una sostituzione vietata, come ne conviene lo stesso Grenier, pag. 112.

» Ma vi sarebbe forse nella specie proposta una sostituzione vietata, se i figli fussero stati istituiti, se a' medesimi avesse il padre lasciato la quota disponibile, aggiungendo ch'egli la donava alla madre se i figli morissero prima di essa, ma senza gravarli di restituire? Neanche; poichè può dirsi, come nella specie proposta, che il padre non avendo gravati i suoi figli di conservare e di restituire, abbia voluto soltanto donare a sua moglie nel caso che i figli non avessero disposto de' beni donati, *si supererint*. Un testatore, dice molto bene il dotto procurator generale Merlin, *Ved. sop.* non si

presume mai, che abbia voluto fare ciò che la legge gli vietava, e molto meno ciò che avrebbe portato l'annullamento della sua disposizion principale. Se la preghiera di conservare e di restituire non basta per costituire una sostituzione vietata, e se vi bisognano termini imperativi, come mai potrebbe supplirsi quest'ordine di conservare in una disposizione, ove neppure vi si trova la preghiera, e che si può benissimo intendere per un dono condizionale, cioè se i beni esistono, se i figli non ne hanno disposto?

» Se il peso di conservare e di restituire non può esser supplito negli atti suscettibili di due interpetrazioni, vi sono nondimeno talune disposizioni nelle quali esso è necessariamente contenuto, quantunque non vi sia letteralmente espresso; poichè queste disposizioni non possono con ragione essere interpetrate diversamente: per esempio, se il dritto di riversione nel caso della morte del donatario e de' suoi discendenti fusse stipulato non solamente a vantaggio del donante, ma ancora in sua mancanza a beneficio de' suoi eredi, o di tal altro individuo designato, una simile disposizione conterrebbe evidentemente una vera sostituzione condizionale simulata sotto il nome di riversione. La sola parola è cambiata; resta la sostanza della cosa. Io dono, o lego a Paolo a condizione, che se viene a morire senza figli, o prima di una tale età, i beni ritorneranno a miei eredi, o a Pietro.

» Qui si trova quell'ordine successivo, che caratterizza essenzialmente le sostituzioni. Paolo è chiamato in primo luogo, e gli eredi del donante, ovvero Pietro, in secondo luogo. Paolo è obbligato di conservare i beni donati per restituirli alla sua morte, se la condizione si verifica. La proprietà passa prima a Paolo, e poi ai secondi chiamati.

» Non si può sostenere, che questa disposizione contenga a favore di Paolo il dono puro, e semplice dell'usufrutto, ed il dono condizionale della proprietà se abbia de' figli, ovvero se egli viva fino ad una tale età. Simile interpetrazione non può ragionevolmente conciliarsi con i termini della disposizione, che deve conseguentemente cadere sotto la nullità pronunziata dall' art. 896 (941); in questo modo è stata sempre decisa la specie allorchè si è presentata.

» Molto meno si può dire, che il testatore abbia inteso sottoporre al diritto di riversione i beni, di cui i donatarj non avrebbero disposto; poichè questa interpetrazione è contraria al diritto di riversione, la di cui natura è di annullare, verificandosi il caso, l'alienazione de' beni che vi sono sommessi.

» Per i motivi esposti nel precedente n. non può farsi a meno di vedere una sostituzione nel legato fatto a più persone, non già congiuntamente, e con dichiarazione che tutto apparterrebbe al superstite, ma separatamente a ciascuna di esse allorchè si mariteranno, colla clausola, che nel caso una di esse venga *a morire senza lasciar figli* dal suo matrimonio, la sua quota *ritornerà* agli altri legatarj. La corte di Bruxelles l'ha giudicato in questo modo, e con ragione, nella specie seguente. Giacomo-Giuseppe Drion avea istituito Francesco Drion, suo fratello, suo erede universale, e l'avea gravato di dare a ciascuno de' figli, non ancora maritati, del fratello comune Adriano Drion, una somma di 6000 lire, allorchè si mariterebbero col di lui consenso.

» Fin quì niuna sostituzione. Ma il testatore aggiungea, che nel caso uno de' detti figli *venisse a morire senza lasciare* figli dal suo matrimonio, la sua quota *ritornerebbe* agli altri suoi fratelli, e sorelle da maritarsi. Questa clausola di riversione conteneva evidentemente, e *necessariamente* il peso di restituire, cioè a dire una sostituzione reciproca, e condizionale de' legatarj gli uni verso gli altri; e con arresto del 14 luglio 1808, riportato nella *raccolta di giurisprudenza del cod. civ.*, tom. XI, pag. 312, la corte di Bruxelles dichiarò nullo il legato di 6000 franchi fatto ai figli d'Adriano Drion, poichè contenea una sostituzione.

» Questa specie è ben differente da quella riportata di sopra. In questa il legato era fatto congiuntamente a più legatarj ed *al superstite* tra essi. Si potea dunque dire, che ciascuno di essi, attendendo l'avvenimento della sopravvivenza, non era legatario che dell'usufrutto di una porzione de' beni, e che la proprietà stava sospesa fino alla morte del

premoriente, il che rendeva il legato puramente condizionale in quanto alla proprietà. Al contrario nella specie de' figli Drion, la somma di 6000 franchi era legata a ciascuno di essi *separatamente* colla clausola di *riversione* a favore de' fratelli e sorelle, nel caso morisse senza figli del suo matrimonio. Non si può dunque dire ragionevolmente che egli ebbe il solo usufrutto de' 6000 franchi.

» È impossibile di prevedere tutte le quistioni che possono far nascere le differenti specie che si moltiplicano all' infinito; ma si risolveranno tutte le difficoltà, che esse possono offrire applicando con discernimento questi due principj fondamentali della materia.

» Il primo, che se la clausola è suscettibile di due interpetrazioni bisogna sempre interpetrarla nel senso che non offre una sostituzione e che tende a convalidare la disposizione; poichè non si presume che il testatore abbia voluto fare ciò che la legge vieta, ed ancor meno ciò che porterebbe l'annullamento della sua volontà.

» L'altro, che tutte le volte che l' atto è concepito di tal maniera, che contenga necessariamente il peso di conservare e di restituire, quantunque non letteralmente espresso, e senza che sia possibile attribuirgli un senso diverso, proprio a sostenere la volontà del testatore agli occhi della legge, la disposizione è nulla, come contenente una sostituzione; essa è nulla in quanto alla sostituzione, poichè è contraria alla legge, che il testatore avea voluto eludere; è nulla in quanto alla istituzione o legato principale, poichè è certo che il testatore non ha voluto donare che a condizione di restituire, e che è incerto se abbia voluto donare senza questo peso.

» È evidente, secondo il primo di questi principj, che il divieto di alienare i beni donati non contiene una sostituzione ancorchè il testatore avesse proibito di alienare ad altre persone, meno che a quelle ch'esso indica; questo non è un peso di restituire, è una condizione nulla, e riputata come non scritta. Art. 900 (816).

» Neppure vi sarebbe sostituzione, se il testatore proibisse di alienare prima che il legatario avesse de' figli, poichè non vi è peso di conservare. Il testatore ha solamente pensato, che se il legatario avesse de' figli potrebbe non aver più il desiderio di alienare, ma di conservare i beni ai suoi figli; egli però non gli ha imposto questo peso.

» Ma vi sarebbe sostituzione se il divieto di alienare fosse motivato su ciò, che il disponente vuole che alla morte dell' erede o legatario i beni ritornino agli eredi, ovvero ai figli di quest' ultimo.

» Al contrario non si può mai ritrovare sostituzione nel divieto di testare, poichè questo divieto non importa quello di alienare; e non vi è peso di conservare allorchè il legatario può alienare.

» Infine non vi è sostituzione, se io dono a Tizio nel caso che egli sopravviva a mio figlio, o che mio figlio muoja senza figli; poichè allora il figlio non è gravato di conservare per restituire. Il testatore neppure gli ha diretta la parola, e questo peso non può essere supplito; può dirsi soltanto che vi sia un legato condizionale di ciò che il figlio non avrà disposto, *si quid supererit*.

» Io dono 1000 franchi a Tizio, che gli saranno pagati alla morte di mio figlio; non vi è sostituzione. Tizio ha un diritto acquistato dal momento della morte del testatore; il solo pagamento n'è differito. In tal modo vi è soltanto il dono della proprietà della somma, restando l' usufrutto al figlio. *Toullier. Corso di dritto civile. Tomo* 5. *n.* 22 *a* 53.

Nella corte di cassazione di Parigi si sono agitate diverse questioni. Dopo le riportate dottrine di Toullier stimiano scegliere le seguenti, che danno lume maggiore all' analisi dell' articolo in esame.

1. Con decisione de' 8 giugno 1812 si consagrò la massima, che quando il testatore dopo la istituzione dell' erede generale fa un legato *in caso di morte dell' erede istituito*, questo legato si considera come una sostituzione proibita.

» *Fatto*. Nel 17 agosto 1807 il signor Giovanni Merendol fece un testamento, col quale istituì il signor Giuseppe Merendol suo erede generale, ed universale, e dopo questa istituzione legò 20,000 lire a' signori Giam-

battista Carry, ed Alessandro Merendol, nel caso, che il signor Giuseppe Merendol fosse morto, prima dell'età de' 24 anni. Dopo la morte di Meredol, gli eredi legittimi attaccarono la validità del suo testamento, e sostennero, che il legato fatto a Giambattista Carry, ed Alessandro Merendol rinchiudeva una sostituzione proibita, di cui era gravata la istituzione di Giuseppe, e conchiusero da ciò, che tanto il legato, che la istituzione di erede era nulla a' termini dell'art. 896(941)codice civile.

» Per provare, che il legato delle 20,000 lire rinchiudeva una sostituzione, e che il testamento del 17 agosto 1807 dovea considerarsi come nullo, gli eredi legittimi faceano osservare, che questo testamento cominciava con una istituzione generale, ed universale a vantaggio di Giuseppe Merendol; che in seguito il testatore legava 20,000 lire nel caso di morte dell'erede; ora, diceano essi, il testatore non ha potuto legare 20,000 lire, dopo di aver lasciato tutti li suoi beni, senza distaccarli dalla istituzione; ma distaccare 20,000 lire da una istituzione nel caso di morte dell' istituito, è lo stesso, che creare un fedecommesso; una sostituzione proibita dall'art. 896; dunque il signor Giovanni Merendol ha fatto una sostituzione, e ne ha gravato il suo erede Giuseppe Merendol; quindi è, che questa sostituzione è nulla, ed annulla anche la istituzione d' erede.

» Nel 2 giugno 1808 il tribunale civile di Marsiglia pronunziò sentenza, colla quale annullò il testamento.

» Nel 6 giugno 1809 la corte imperiale d'Aix con sua decisione confermò la sentenza de' primi giudici: » Atteso che la disposizione posteriore alla istituzione di erede universale, la quale porta, che nel caso, in cui l'erede morisse prima de' 24 anni, i signori Carry, e Merendol raccoglierebbero una somma di dieci mila lire per ciascuno; che questa disposizione presenta una vera sostituzione proscritta dall'art. 896 cod. civile da una parte un' erede, il quale ha il peso di restituire nella sua morte 20,000 lire ad altri, se morisse senza posteri, e prima di giungere all'età di 24 anni, e dall'altra due legatarj incaricati a raccogliere questa somma nel caso previsto; che il testatore non ha fatto un semplice legato condizionale, come quello, che autorizza l'art. 2040, cod. civile, cioè una sola disposizione sottoposta ad una condizione eventuale, ma che ha fatto al contrario due disposizioni successive dello stesso oggetto, poichè ha lasciato prima le 20,000 lire al minore Merendol, e che prevedendo quindi l' evento della sua morte prima de' 24 anni, ha disposto egli stesso di questa somma, e l' ha trasmessa a tale, o tale altra persona, stabilendo così colla sua privata autorità un' ordine di successione.

» Ricorso in cassazione per parte della vedova di Giovanni Merendol nella sua qualità di tutrice dell' erede istituito, per violazione dell' art. 1040, cod. civile, e per falsa applicazione dell' art. 896.

» L'attrice sosteneva, che la decisione denunziata confondeva il semplice legato condizionale, permesso dall'art. 1040, colla sostituzione vietata dall' art. 896.

» Per esservi sostituzione, dicea la vedova Merendol, è necessario, che il testatore abbia fatto due disposizioni successive della stessa cosa, e dello stesso oggetto. Ora, nel soggetto caso, il signor Giovanni Merendol ha legato 20,000 lire a'signori Carry, ed Alessandro Merendol. Non si osserva, ch' egli abbia lasciato, o legato queste stesse 20,000 lire ad altre persone, fuorchè a' suoi legatarj diretti, ed immediati. È cosa impossibile adunque di scorgere nel legato delle 20,000 lire, una sostituzione; ed è perciò, che non può applicarsi l' art. 896 cod. civile.

» Tutto il sistema della corte imperiale poggia sull' idea, che il testatore avendo incominciato dall' istituire il signor Giuseppe Merendol suo erede generale, questi avea ricevuto con ciò la universalità de' beni del defunto; quindi, ha detto la corte imperiale, poichè Giuseppe Merendol ha tutto raccolto, egli ha anche ricevuto le 20,000 lire, nelle quali i signori Carry, ed Alessandro Merendol sono stati istituiti, dopo la istituzione universale, dunque sonosi fatte realmente due disposizioni successive di queste 20,000 lire; la prima sviluppasi implicitamente dal legato universale a profitto di Giuseppe Merendol, la seconda dalla donazione espressa a' signori Carry, ed Alessandro Merendol.

» Per confutare questo sistema, bisogna far osservare le conseguenze assurde, che produrrebbe. In effetto, fatto che avrebbe il testatore un legato universale, tutte le disposizioni di qualunque natura fossero, ch' egli posteriormente facesse, prenderebbero il carattere di sostituzione; giacchè sarebbe vero il dire, che tutte queste disposizioni, essendo implicitamente rinchiuse nella prima, si trovano successivamente reiterate in favore di due persone; il testatore non potrebbe adunque far de' legati particolari, che prima del legato universale, ed anche osservando di non comprendere letteralmente nel legato universale, che i beni, di cui non avrebbe disposto a titolo particolare; in questo caso la validità de' legati, e la questione di sapere, se vi sia, o no sostituzione dipenderebbe unicamente dalla disposizione delle parole. Ora si può mai concepire, che il legislatore francese abbia avuto in mente di ammettere tante sottigliezze? Non ha dovuto egli proscriverle piuttosto, e consacrare quella savia massima del dritto romano, che le leggi non son fatte per le parole, ma per le cose? *Nos enim non verbis, sed rebus ipsis legem imponimus. leg. 2. Cod. communia de legatis.*

» Non evvi sostituzione, se non quando il testatore dispone successivamente della stessa cosa in favore di due diverse persone, con termini espliciti, e formali.

» Se la disposizione fatta a vantaggio di una persona non rinchiude, che implicitamente la cosa lasciata in termini espressi ad un' altra, non si può dire allora, che vi sia fedecommesso, sostituzione proibita. Importa poco, che a rigore si trovino in questo caso i caratteri della sostituzione indiretta, implicita, e questa sostituzione non sarà nulla, per la regola, che si possono indirettamente, e per via di consegnenza far molte cose, che non si potrebbero far direttamente. *L. 1, e 7 D. de auctoritate, et consensu tutorum.*

» Così essendo le cose, continuava l'attrice, il testamento del 17 agosto 1809 non rinchiudeva una sostituzione vietata. Esso non contenea, che una sola disposizione in favore de' signori Carry, ed Alessandro Merendol; la corte adunque imperiale non dovea sostenersi coll' art. 896 cod. civile, per annullare questa disposizione, e per estendere le conseguenze della nullità, che pronunziava, fino alla istituzione di Giuseppe Merendol.

» Per verità, la disposizione fatta in favore de' signori Carry, ed Alessandro Merendol, era condizionale; ma l' art. 1040 cod. civile, suppone, che tali disposizioni sieno valide, esso ne pronunzia la caducità nel solo caso, in cui il legatario muore prima che si avveri la condizione. All'indarno si sosterrebbe, che il legato delle 20,000 lire dipendeva dalla morte dell' erede istituito; all' indarno si direbbe, che ogni legato subordinato alla morte dell' erede istituito, porta i caratteri di una sostituzione riprovata; questa pretenzione è condannata da una decisione della corte di cassazione, in data del 26 luglio 1808 - Tutto adunque si riuniva per la validità del legato delle 20,000 lire, conchiudeva Merondol, compreso nel testamento del 17 agosto 1807; e se valido era questo legato, se la corte d' Aix decider non ha potuto il contrario, senza violare l'art. 1040 cod. civile, essa non ha potuto in conseguenza annullare la istituzione di Giuseppe Merendol, senza violare, e falsamente applicare l'art. 896.

» I rei convenuti rispondevano ricordando, e sviluppando i motivi della decisione denunziata; quindi essi sostenevano, che le 20,000 lire legate a' signori Carry, ed Alessandro Merendol si trovavano comprese nella istituzione universale; che non potevano pervenire a legatarj particolari, se non per mezzo dell' erede istituito, dopo che questi ne avrebbe egli stesso acquistato la proprietà. Dunque diceano i rei, la proprietà delle 20,000 lire non passava in una maniera diretta, ed immediata dal testatore a' signori Carry, ed Alessandro Merendol; questi non doveano acquistarla, che nel caso di un' evento futuro, ed incerto; nel solo caso della morte del legatario universale prima de' 25 anni, avrebbero potuto i legatarj particolari presentarsi per raccogliere il benefizio del legato. Quindi non aveano in loro favore, che una sostituzione condizionale. Era dunque il caso di applicare l' art. 896 cod. civile, e di annullare non solo la sostituzione, ma anche la istituzione fatta a favore di

Giuseppe Merendol. *Decisione* - La corte; - Attesochè l'art. 896 del codice civile, ha prescritto in una maniera assoluta l'abolizione delle sostituzioni, ciocchè comprende tanto quelle fatte condizionalmente, che quelle senza condizione; e che il testamento del 17 agosto 1707 contiene una istituzione di erede a vantaggio di Giuseppe, Giambattista, Alessandro Merendol, ed una sostituzione condizionale in favore di Carry, e di Ambrogio Merendol, d'onde segue, che la corte di appello d'Aix, nel dichiarar nulla questa sostituzione, ha bene applicato la disposizione del mentovato articolo 896. - Rigetta ec.

§. 2. La stessa corte di cassazione dichiarò con decisione de' 22 giugno 1812, che il dritto di regresso nei beni donati costituisce una vera sostituzione fedecommessaria.

» *Fatto.* Nel giorno 6 maggio 1762 fu stipulato un contratto di matrimonio, contenente una donazione universale dei beni presenti, e futuri, in favore del signor Blayac. - La signora Blayac, donante, si riservò l'usofrutto; di più essa eccettuò dalla donazione un pezzo di territorio denominato la *Taudine*.

» Nello stesso giorno 6 maggio, la signora Blayac donò anche con riserva di usofrutto al signor Royere, l'immobile che riservato si avea, cioè della *Taudine*. Nel contratto, del signr Royere si legge ch'egli prenderà il reale possesso, e godimento del summentovato territorio donato, e ne godrà per tutto il corso della sua vita, e nel caso in cui il donatario venisse a morire senza figli, in questo caso solamente, la suddetta Blayac donante, vuole, ed intende, che l'enunciato pezzo di territorio appartenga a Francesco Blayac, di lei donatario universale. Royere è morto senza figli. Quindi il signor Blayac, riguardandosi come proprietario del fondo della *Taudine*, cita la vedova Royere, perchè sia astretta a demolire alcune costruzioni, che fatte aveva sul fondo. La signora Blayac fà causa comune coll'attore, nella sua qualità di usufruttuaria dei beni donati nel giorno 6 maggio 1792.

» La vedova Royere risponde, che la clausola della donazione del 6 maggio, colla quale il signor Royere era gravato di restituire il territorio detto la *Taudine*, in caso di morte senza figli, presentano nel fondo una vera sostituzione fedecommessaria. Ella sostiene, che siccome la legge del 18 novembre 1792 aveva abolito questa sorte di sostituzioni in vantaggio dei gravati, così l'abolizione ha profittato al signor Royere, il quale è divenuto proprietario incommutabile tanto per se, che pei suoi eredi, in disvantaggio del signor Blayac.

» Il signor Blayac replica che la donazione del fondo la *Taudine* non rinchiude una sostituzione, ma bensì una semplice clausola di regresso al donatario universale, in caso di morte del signor Royere senza figli; d'onde conchiude, che la condizione del regresso, essendo adempiuta colla premorienza del signor Royere senza figli, il fondo della *Taudine* deve essere considerato compreso nella sua propria donazione, senza che la vedova Royere possa giovarsi delle leggi abolitive delle sostituzioni, che non hanno alcun nesso col dritto del regresso convenzionale, conservato colla legge del 17 nevoso anno 11.

» Il tribunale civile di Bezsers con sua sentenza del 6 luglio 1809 applica le leggi abolitive delle sostituzioni - Nel giorno 28 maggio 1810, fu resa decisione dalla corte imperiale di Montpellier, la quale non vedendo nella donazione del signor Royere, che una donazione con clausola di regresso, reintegra il signor Blayac nella proprietà del fondo della *Taudine*. » Atteso, (ecco in quali modi è conceputa la decisione) che un dritto di regresso, indubitatamente ben diverso da una sostituzione, e non abolito dalle leggi del 14 ottobre, e 25 novembre 1702, ha potuto essere stipulato in termini espressi, o equipollenti da Luisa Blayac, moglie di Giovan - Luigi Rouche, nella donazione da lei fatta, nel giorno 6 maggio 1792 ad Antonio Royere, sia per se stessa, sia in favore di Francesco Blayac di lei donatario universale, con un'altro atto dello stesso giorno; atteso in punto di fatto, che l'espressioni della donazione portante, che solamente nel caso in cui Antonio Royere venisse a morire senza figli, essa voleva, ed intendeva che il pezzo di territorio donato appartenesse a Francesco Blayac suo donatario universale, presentano molto più l'idea di un dritto di regres-

so stipulato in favore del mentovato Francesco Blayac, che di una sostituzione fedecommessaria abolita dalla sopra enunciata legge, con tanta maggior ragione, in quanto che la sostituzione, che prodotto non avrebbe nessuno effetto, sottoposto avrebbe il gravato a molte formalità, delle quali non si è affatto occupato, o che d'altronde la donante stessa ha guardata la cosa sotto questo punto di veduta; poichè ha esercitato contro la vedova, ed erede di Antonio Royere, premorto senza figli, un'azione per demolizione per le pretese costruzioni fatte sul fondo donato. »

» Ricorso in cassazione per falsa applicazione della legge del 17 nevoso anno 11, la quale conserva il regresso convenzionale e per violazione delle leggi del 14 ottobre, e 25 novembre 1792, le quali proibiscono le sostituzioni.

» L'attrice sostiene, che era quistione nel soggetto caso, non già di un dritto di regresso *conservato*, ma bensì di una sostituzione, abolita in favore del gravato.

» In effetti, essa diceva, risulta dai termini stessi della donazione qualificata dalla corte di appello, *donazione con clausola di riserva*, che il signor Royere dovea prima entrare nel reale possesso e godimento del fondo detto la *Taudine*, - che questo fondo dovea prima appartenergli; che diverrebbe in seguito la proprietà del signor Blayac, nel caso in cui Royere morisse senza figli. - Vi erano dunque nella donazione del 6 maggio 1792 due disposizioni relative al fondo la *Taudine*, l'una a favore del signor Royere, l'altra a vantaggio del signor Blayac; queste disposizioni erano successive; l'espressioni della donazione portavano seco l'elasso di qualche tempo; il signor Royere si trovava gratificato nel primo grado; il signor Blayac non era gratificato che in secondo luogo; il primo chiamato dovea restituire il benefizio della donazione in un caso preveduto; dunque provvisoriamente doveva conservare per essere in istato di restituire. - Or l'obbligazione di conservare, ed il peso di restituire, costituiscono precisamente la sostituzione fedecommessaria (codice civile, articolo 896.) Dunque nella specie vi era sostituzione, e quindi vi era luogo ad applicare le disposizioni abolitive delle leggi del 14 ottobre, e del 15 novembre 1792.

» Ciò non ostante la corte di appello di Montpellier ha giudicato il contrario; essa non ha veduto nella donazione del 6 maggio 1792, che una donazione col peso di restituire.

» La corte di appello ha malamente conosciuto i caratteri distintivi del dritto di regresso, e della sostituzione.

» Che cosa mai s'intende per dritto di regresso? Il dritto di regresso, o riversibilità non è altro se non che il diritto, in virtù del quale rientrano nelle mani del donante, colla morte del donatario i beni, ch'egli aveva a quest'ultimo donati. - In tal modo si esprime il signor Merlin, nel suo repertorio di giurisprudenza, sotto la parola *riversibilità*. La stessa definizione si legge in Bergier sopra Riccard, *Trattato delle donazioni*, 3 parte, capitolo 7. » Il dritto di regresso, che chiamasi ancora dritto di riversibilità, è il dritto, che in alcuni casi ha il donante, che sopravvive al donatario, ed a' suoi figli, di riprendere le cose da esso lui donate. »

» Questa definizione trovasi interamente nella legge 12 del codice, *communia utriusque judicii*, nella quale è detto, che la stipulazione del regresso non può avere altro oggetto, che di far rientrare nel dominio del donante i beni dei quali si è spogliato: *quod dedit iterum ad eum revertatur*.

» Da questa definizione del dritto di regresso, segue, che non si può qualificare come stipulazione di rigresso una stipulazione, che non è nell'interesse del donante, o de' suoi eredi, una stipulazione, che non ha per oggetto, che l'interesse di un terzo estraneo ai contraenti.

» Lo stesso viene indicato sufficientemente dall'espressione di *regresso*, o di *riversibilità*. Non si può concepire l'uso di queste espressioni *ritornare*, *reverti*, allor che trattasi di una clausola, colla quale il donante stipula che in un certo dato caso, la proprietà sarà trasmessa ad un terzo, che sino allora non era affatto proprietario.

» Le leggi romane distinguono scrupolosamente il caso, in cui il donante stipula, che la cosa donata farà a lui ritorno, ed il caso

in cui stipula che apparterrà ad un terzo. Nel primo caso la legge 2, del codice *de donationibus, que sub modo* non vede nella stipulazione, che un dritto di regresso; nel secondo caso la legge 3, sotto lo stesso titolo combinata col §. 27 de *fideicommissariis haereditatibus* ed il principio alle istituzioni, sotto al titolo *de singulis rebus per fideicomm. relictis.* decide chiarissimamente che vi è sostituzione.

» Quindi è, conchiudeva l'attrice, che tutto si riunisce nella specie per istabilire, che la corte imperiale di Montpellier non ha potuto vedere una semplice clausola di regresso nella donazione fatta al signor Royere, senza applicare falsamente le leggi concernenti il regresso convenzionale, senza violare le leggi abolitive delle sostituzioni.

» Il reo convenuto dicea principalmente, che in regola generale la falsa interpetrazione degli atti, o dei contratti fatta dai giudici di appello non può essere un mezzo di cassazione; ciò posto, egli diceva, la decisione impugnata non può essere sottoposta alla censura della corte regolatrice, perchè giudica semplicemente in punto di fatto, che combinando le diverse clausole della donazione del 6 maggio 1792 risulta da questa combinazione, che le parti non hanno voluto stipulare, e non hanno realmente stipulato, che un dritto di regresso. La corte di appello ha deciso, che secondo il contesto dell'atto del 6 maggio, non esisteva nel medesimo niuna sostituzione; essa ha giudicato, che l'espressioni dal donante adoperate non erano proprie a costituire un fedecommesso. Or la legge non dice espressamente quali espressioni caratterizzano il fedecommesso, o la sostituzione; dunque qualunque sia la decisione dei giudici di appello su tale oggetto, non vi è mai violazione di legge; il loro errore degenera in semplice mal giudicato; e questo principio è stato ben riconosciuto dalla corte regolatrice nella sua decisione emessa nel giorno 5 gennajo 1809 sul rapporto del signor Aumont, e sulle conclusioni del signor procurator generale Merlin. Nella specie di questa decisione, la quistione era di sapere, se si potesse impugnare in cassazione una decisione della corte imperiale di Bruxelles, la quale negava di vedere una sostituzione nella semplice preghiera fatta dal testatore al suo erede di conservare, e di restituire.

» Colla decisione sopra citata, la corte regolatrice ha giudicato, che l'errore dei giudici sopra i termini caratteristici della sostituzione, non era un mezzo di cassazione » Attesochè (ecco in quali termini è conceputa la decisione) nell'esaminare il testamento di Giov: Battista Biourges, e nel dichiarare, che non contenea alcuna espressione caratteristica di una sostituzione, la corte di appello si è limitata alla interpetrazione dell'atto, e non ha violata alcuna legge...... »

» Questa decisione, continua il reo convenuto, si applica, letteralmente alla specie, e la decisione impugnata può tanto meno essere cassata, in quanto che contiene la decisione di una questione di volontà, e che la legge 7 del codice sotto il titolo *de fideicommissis*, prescrive in termini espressi, che siffatte questioni sono semplici quistioni di fatto lasciate assolutamente all'arbitrio de' giudici. *Voluntatis defuncti quaestio in arbitrio judicis est.*

» Il signor Pons, avvocato generale ha conchiuso per la cassazione.

» Questo magistrato ha pensato, che la corte di appello di Montpellier avea falsamente qualificato la stipulazione di regresso una vera sostituzione fedecommessaria - Egli ha pensato che la corte di appello avea snaturate le clausole dell'atto del 6 maggio 1792, per dispensarsi di applicare la legge proibitiva delle sostituzioni. - Or ha detto il signor avvocato generale, snaturare l'essenza di un' atto, per sottrarlo all'annullamento, è qualche cosa di più del mal giudicato, è una violazione formale della legge annullatrice; in questo caso la falsa interpetrazione è un mezzo di cassazione.

» *Decisione* - La corte; - Attesochè la porzione di territorio, che dà luogo alla disputa, non fu compreso nella donazione universale dei beni presenti, e futuri, celebrata nel 6 maggio 1792, da Luisa Blayac in favore di Francesco Blayac, e che fu ancora espressamente eccettuata dalla medesima; - Che con altro atto dello stesso giorno, Luisa Blayac con donazione tra vivi diè ad An-

tonio Royere il mentovato pezzo di territorio. Che solamente essa ne riserbò il godimento per lei, e per suo marito sino alla loro morte; e che nondimeno impose per condizione, che nel caso in cui Antonio Royere donatario venisse a morire senza figli, il pezzo di territorio apparterrebbe in proprietà a Francesco Blayac suo donatario universale; - Ch'ella è cosa evidente, che quest'ultima clausola contiene una vera sostituzione fedecommessaria, poichè impone al donatario il peso di conservare ad un' terzo nel caso in cui morisse senza figli; poichè impone nello stesso caso agli eredi del donatario l'obbligo di restituire ad un terzo; finalmente perchè vi è un terzo, il quale è chiamato a raccogliere dopo un donatario, il quale è gravato di restituire al terzo suddetto; che quindi la clausola di cui è quistione doveva essere annullata in virtù delle leggi del 25 ottobre, e 14 novembre 1792 le quali hanno abolite le sostituzioni non aperte; che ciò non ostante per sottrarla all'annullamento si è da' giudici snaturata, sotto pretesto d' interpetrarla; Che si è fatto considerare come contenente un semplice dritto di regresso in favore di Francesco Blayac, quantunque non porta che i beni *ritorneranno*, e questa espressione non potrebbe neppure essere adoperata, giacchè il ritorno significa la riversibilità ad un precedente proprietario, e che nel nostro caso Francesco Blayac non era stato mai proprietario del pezzo di territorio, ch'era stato formalmente eccettuato dalla donazione universale ad esso lui fatta; - Che del resto nella specie, il preteso dritto di regresso, che si vorrebbe fare riconoscere, non sarebbe in realtà, che una vera sostituzione fedecommessaria, giacchè ne ha tutti i caratteri, e che, mercè l'ajuto della distinzione ch'è stata fatta, non vi sarebbe sostituzione fedecommessaria, la quale non potesse essere conservata; - Che allorchè una clausola è chiara, e precisa, non vi è luogo ad interpetrazione; - Che nella specie non trattavasi di ricercare quale fosse stata la comune intenzione delle parti contraenti, nè ciò ch' esse avevano voluto fare; ma che bisognava fermarsi a quello, ch' era stato fatto, e ch'era stata fatta realmente una sostituzione fedecommessaria; che finalmente allorchè trattasi di determinare la natura, ed essenza di un'atto, nei casi nè quali la legge annulla, o proibisce, una falsa interpetrazione, che tende a conservare ciò, che la legge proibisce ed annulla, contiene una vera violazione della legge, e quindi si fatta specie d'interpetrazione non può non essere cassata: - Cassa ec.

» §. 2. Tali sostituzioni sono vietate, eccetto nei casi espressamente permessi dalla legge, e salve le disposizioni riguardanti la istituzione de' majoraschi contenute nella seguente sezione. *Art.* 942. *L. civ.*

Fu agitata nella suprema corte di giustizia, la questione, se rimanendo viziate le sostituzioni vietate dall'art. 896 del cod. civ. rimanessero anche viziate le sostituzioni. Un arresto della cassazione di Parigi avea proclamato l'affermativa: nondimeno la corte suprema a 26 febbrajo 1820 decise negativamente.

» *Fatto.* Il maggiore D. Domenico Manti col suo testamento formato in Palermo a' 17 aprile 1811, ed aperto a 30 detto mese, istituì erede D. Giovan-Battista Manti suo fratello su' tutti i suoi beni, e specialmente nei due fondi in Reggio nelle contrade *Calopinaci*, e *Livadi*; ed ordinò una primogenitura a pro del primogenito di D. Giovan Battista, con la esclusione delle femmine, D. Giovan Battista nel dì 1 settembre 1817 avanti al giudice regio di Reggio adì l'eredità, ma il tribunale civile della stessa città a' 22 luglio 1818 dichiarò nulla la istituzione, e sostituzione, ed intestò la eredità a D. Giovan Battista, a D. Giovanni, e D. Paolo Manti per uguali porzioni.

» Appellò D. Giovan Battista da tal sentenza alla gran corte di Catanzaro. Questa a' 13 gennajo 1819 annullò la sentenza de' primi giudici, e dichiarò compensate le spese.

» Avverso questa decisione D. Giovanni, e D. Paolo Manti han prodotto ricorso nella corte suprema per annullamento sui seguenti mezzi 1. Violati gli artic. 3. e 896. del cod. civ. provvisorio. I beni del regno sono soggetti alle leggi del regno. Le sostituzioni viziano la disposizione intera. 2. Violate le *L. L.* 1. *D. qui test. fac. pos*:, *ed il* §. 208 12 *tabul*. 3. Una sanzione legale non è am-

missibile per una parte, di rigettarsi per l' altra. Non conviene giovarsi della istituzione, rigettandosi la sostituzione. 4. Violate le *L. 7. D. de reg. jur*, e degl' *istitut. de haered. instit.*, che non permettono, che uno muoja in parte testato, ed in parte intestato.

» Udito il rapporto ec.ec., ed inteso il pubb. minist. che con le sue verbali conclusioni ha manifestato i motivi, pe' quali per suo avviso si debba il ricorso rigettare

» La corte suprema facendo dritto alle conclusioni del minist. pub. Vista la decisione: visto il ricorso.

» Considerando, che il testamento di D. Domenico Manti scritto in Palermo in aprile del 1811 contiene una vera sostituzione fedecommessaria a favore di D. Giovan Battista Manti col carico di conservare, e restituire l' eredità con fedecommesso mascolino, e con ordine di primogenitura. La sostituzione anzidetta viene letteralmente colpita dall' art. 896 del cod. civ. giacchè trattavasi di avere il testatore disposto di beni immobili siti in questo regno, li quali erano soggetti alle leggi di questo regno medesimo per l' art. 3. del cennato codice.

» Considerando, che la sola quistione consiste nella disamina, se le sostituzioni fedecommessarie vietate dal suddetto art. 896. rimangano viziate, ovvero rimanesse viziata anche la istituzione.

» Intorno la suddetta quistione essendo stata varia la giurisprudenza; in Francia si credè che fosse stata fissata dalla cassazione di Parigi coll' arresto del 1808 nella causa di Bayet, ove si ebbe in principio, che la interpetrazione del detto articolo portasse a conchiudere per la nullità anche della istituzione. Però considera la corte suprema, che quell' arresto di Parigi non può formare autorità alcuna in questo regno, ove il cod. civ. si ritrovava adottato; e non già la giurisprudenza fissata cogli arresti della cassazione di Parigi. Perciò la corte suprema si è applicata all' esame della quistione indipendentemente da quell' arresto. In primo luogo considera, che sotto la parola *disposizione*, della quale l' articolo si vale, bisognerà distinguere la istituzione dalla sostituzione fedecommessaria, come quelle, che in realtà, e per legge comprendono due gradi diversi, tuttochè fossero compresi nello stesso periodo dal testatore. Il giureconsulto Modestino nella *L. 1. D. de vulg. et pupil. substit.* anche ammette questa differenza nella sostituzione volgare, dicendo: *Haeredes aut instituti dicuntur, aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.* E se nella sostituzione volgare, ove il sostituito sottentra nel luogo dell' istituito, che non aquista l' eredità, ciò ha luogo; molto più debbono distinguersi i gradi nella sostituzione fedecommessaria, nella quale l' istituito acquista l' eredità, col peso di conservarla, e restituirla al sostituito.

» Dovendosi le leggi nuove interpretare colla norma e scorta delle leggi antiche, egli è chiaro, che de' due gradi, cioè del primo ch' è la istituzione, e del secondo ch' è della sostituzione fedecommessaria, viziata che sia la seconda, rimane sempre valida, e ferma la prima. Questa regola della romana giurisprudenza, che l' utile non rimane ne' testamenti viziato dall' inutile, è stata riconosciuta dallo stesso cod. civ. nell' artic. 900, ove dicesi per regola generale, che in qualunque disposizione tra vivi, o di ultima volontà si avranno per non iscritte le condizioni impossibili, e quelle che sono contrarie alle leggi o ai costumi. Quindi ne deriva, che la condizione di conservare, e restituire, la quale è vietata, rimane come non scritta, e sarà sempre valida la prima istituzione.

» Ed in vero, li compilatori del cod. civ. uomini versatissimi nelle cognizioni della romana giurisprudenza adoperarono a bello studio la parola di *non iscritto*, come quella, la quale venne adottata da Giustiniano nella celebre *L. 1. cod. de cad. toll.* Quivi si distinguono nelle disposizioni testamentarie le cose, che si hanno per non iscritte, da quelle, che pria si dicevano caduche, o quasi caduche: e le ultime si acquistavano pria al fisco; mentre le prime, cioè le non iscritte rimanevano viziate; ma non già che dovesse rimanere annullata la istituzione medesima. Anche nel cod. attuale delle leggi civ. all' art. 943, espressamente si prescrive, che

rimanesse annullata la sola sostituzione fedecommessaria, e ferma rimanesse la istituzione. Questa dichiarazione al certo è una interpetrazione dell' art. 896 del cod. civ., e perciò ha forza retroattiva, come se fosse del tempo dello stesso cod. civ.

» Aggiunge lume alle cose prenarrate una quistione agitata tra gli eruditi, se la proibizione fatta dal testatore del *jus adcrescendi*, la quale non potesse aver luogo, traesse seco la nullità del testamento. Vien risoluta questa quistione dalla *L. si ita* 74 *D. de haered. instit.*, ove chiaramente si dispose, che l' erede istituito rimanesse fermo, come se non vi fosse scritta la proibizione del dritto di accrescere, cioè che questa proibizione soltanto rimanesse viziata, e come non iscritta, ma che la istituzione rimane sempre valida.

» La corte suprema non crede, che dovesse trarsi argomento in contrario dagli articoli 1041. 1042. 1050. dello stesso cod. civ. Quivi espressameute si annullano tutte le disposizioni, gratuite delle donazioni e de' testamenti, qualora fossero fatte fuori del modo prescritto dalla legge. Questi articoli formano una eccezione dell' articolo 896 del divieto delle sostituzioni fedecommessarie, perchè permettono nei soli casi de' genitori, e de' fratelli, e sorelle di poter fare sostituzioni per tutti i figli nati, e da nascere, e senza distinzione alcuna di sesso, o di età, e solamente nel primo grado. Era ben naturale, che il legislatore, il quale si era rilasciato a giusta condiscendenza in quei soli casi, vi avesse apposta la limitazione di non eccedere i casi permessi, ed il modo anche permesso, sotto pena di nullità anche del dono, e della istituzione. Ma una sostituzione fedecommessaria qualunque non può argomentarsi dalla pena imposta dal legistratore nei casi di eccezione alla regola generale compresa nell' articolo 900 del codice; ove le sole condizioni contro le leggi si hanno per non iscritte, vale a dire, che quelle sole condizioni rimangono viziate, ma non già il rimanente delle disposizioni, cioè il dono medesimo.

» Per soprappiù osserva la corte suprema che il testamento di D. Domenico Manti fu scritto in Palermo, nel qual luogo vigevano le leggi romane, e non già il cod: civ.; anzi per le circostanze politiche del testatore non poteva egli sapere il cod. civ., e molto meno la interpetazione dell' artic. 896. Egli è vero, che la iguoranza del dritto, e delle leggi, secondo le quali gl' immobili debbono essere considerati, non giova ad alcuno; ma ciò dovrà sempre intendersi di coloro, i quali abitassero nel territorio, ove il legislatore promulga le sue leggi, ed allora la pubblicazione della legge medesima produce necessariamente l'obbligazione in ciascuno degli abitanti di dovervisi sottomettere. Ma per uno straniero, cioè per uno che abita fuori del territorio ove la legge è promulgata, non potranno giammai applicarsi le leggi del *D.* e del *cod. de jur. et facti ignor.*

» Aggiunge anche lume quello, che erroneamente dicesi da alcuni scrittori francesi, i quali sostengono l'opinione, che nell'artic. 896 rimanesse annullata anche la istituzione. Dicono essi, che il legislatore avesse annullata la istituzione nel succennato articolo, affinchè si fosse con un mezzo sicuro ed irrefragabile ottenuto il fine del divieto delle sostituzioni fedecommessarie, togliendo agl' istituiti gravati di sostituzione il modo di eludere la legge, se mai fossero stati scrupolosi a segno di eseguire la restituzione dell' eredità. Questa maniera di ragionare la quale distrugge la facoltà di testare, ed invita alla successione gli eredi intestati, non è fra le cose plausibili, ed innalza a colpa quello, che sarebbe un'atto di fede, e di le altà. Il giureconsulto Callistrato nella *L.* 20. *D, quae in fraud. cred. facta sunt* esamina il caso di un debitore gravato, che avesse restituita la intera eredità, senza detrazione alcuna della quarta Trebellianica. Sul dubbio, se avesse fatta frode ai suoi creditori, rispose: *placet non videri in fraudem creditorum alienasse portionem, quam retinere potuisset, sed magis fideliter facere.* E Gotofredo vi notò, *et ita fidei splendor excludit umbram fraudis.*

» Per queste considerazioni rigetta il ricorso.

La stessa corte suprema prese ad esame il caso, se un chiamato al fedecommesso nelle di cui mani li beni fedecommessati fossero passati rinuncia questi beni all' altro che

gli dee succedere per disposizione del medesimo testatore fedecommittente, tale rinuncia possa riputarsi valida di dritto. L'affermativa fu professata con decisione del 1 febbrajo 1823.

» *Fatto.* D. Paolo Laboccetta il vecchio con suo testamento del 7 agosto 1755 dopo aver istituiti li suoi eredi, dispose nel seguente modo lo stabile sito nella contrada *Ceci* »» E perchè è mia volontà che la contrada *Ceci* con case terrene e torre, ove al presente abito, per essere antichissimo della famiglia, non abbia giammai ad alienarsi, ed uscire fuori della famiglia Laboccetta; perciò voglio ed espressamente ordino che pervenuto detto stabile, come sopra descritto, limitante dalla parte della borea con li beni del signor D. Giuseppe Pellicano, via, e stretto pubblici, ed altri fini, in vigor della mia disposizione in beneficio di esso signor D. Nicola Laboccetta mio fratello cugino, non possa questo alienarsi, o per qualunque titolo distrarsi fuori della mia famiglia Laboccetta, e fuori discendenza de' miei eredi; ma sia sempre soggetto a perpetuo fedecommesso, e maggiorato; sicchè morendo esso signor D. Nicola Laboccetta primo possessore di detto stabile, vada e pervenga al figlio primogenito di esso signor D. Nicocola; ed in morte del primogenito pervenga all' altro, che sosterrà e farà la figura di primogenito; e così *in infinitum*, sempre, *et in perpetuum* di primogenito, come un perfetto maggiorato, ed una perfetta primogenitura, la quale da me si fonda, e s' istituisce tanto se detto fondo perverrà ad esso sig. D. Nicola, quanto se perverrà al figlio primogenito, intendendo ed ordinando che sempre l' abbia a godere colui, che sostiene la qualità, ed il grado di primogenito della linea di esso signor D. Nicola Laboccetta, e nel caso venisse a mancare la linea maschile, che venghi a godere detto fedecommesso, e maggiorato la prima figlia femina Laboccetta della discendenza di esso signor D. Nicola, che avrà sostenuto, ed avuto il grado, e fatta la figura di primogenito; e così si osservi *semper*, *et infinitum*. »»

» Or D. Paolo Laboccetta il giovane, con istrumento del giorno 18 febbrajo del 1806 rinunciò il suddetto fondo al suo figlio primogenito D. Nicola, essendosi spiegato nel seguente modo »» E comecchè oggi detto fondo della contrada *Ceci* si possiede da esso signor D. Paolo Labocetta, rappresentando egli la figura di primogenito della suddetta famiglia, al possesso del quale fondo succeder deve, seguita la sua morte, esso costituito signor D. Nicola quale primogenito della famiglia; e non potendo esso signor D. Paolo accudire alla coltura, e fare le spese necessarie alla coltura per il fondo suddetto; perciò per l'amore e benevolenza, che disse di portare verso esso costituito signor D. Nicola Laboccetta suo figlio primogenito si risolse di cederlo, e rinunciarlo da oggi a favore dello stesso colla legge, e condizione non però che durante la vita naturale *tantum* di esso signor D. Paolo, lo stesso D. Nicola restasse tenuto somministrargli tutti gli alimenti giornalieri, e vestito necessario, stante sotto questa legge viene a fargli una tal cessione e rinuncia.

» Dall'altra parte D. Laura Bonito moglie di D. Paolo, e comune madre di coloro frà quali si accese poi la lite, fece il suo testamento nel giorno 17 novembre dell' anno 1812. In quello istituì suoi eredi li suoi figli D. Nicola, D. Francesco, D. Pietro, D. Rosalia, D. Ignazia, e D. Giuseppa Laboccetta. Non per tanto a titolo di *ante partem* la stessa testatrice lasciò la quota che l'era disponibile alle due sue figlie nubili Iguazia e Giuseppa.

» Ma poichè nell' anno 1814 morì intestato il comun padre D. Paolo, e con testamento morì la comune madre D. Laura, D. Francesco, D. Pietro, e D. Rosalia adirono il tribunale civile di Reggio dimandando la divisione in parti eguali de' beni paterni, che dissero consistenti nel fondo nominato *Ceci* ed in altro fondo posto in Motta S. Giovanni nominato *Pellaro* con casa, ed orto; dimandarono ancora di procedersi alla divisione de' beni compresi nella eredità di D. Laura Bonito madre comune secondo la proporzione stabilita dalla legge, insieme con la restituzione de' frutti; finalmente chiesero una liberanza.

» D. Nicola Laboccetta si oppose alla dimanda della divisione del fondo *Ceci* per non

esser questo posseduto dal padre comune nel tempo della sua morte. Imperocchè soggetto il detto fondo a primogenitura, il padre lo aveva precedentemente rinunciato.

» Non si trascurò nell' atto stesso da D. Ignazia e da D. Giuseppa di chiedere la deduzione della quota disponibile a lor favore sull' eredità materna, per essersi loro singolarmente lasciata dalla madre comune col suo testamento.

» Pur tuttavia il tribunal civile profferì la sua sentenza nel giorno 22 dicembre del 1817. Non valutò in alcun modo l' eccezioni prodotte dal reo convenuto D. Nicola per quel che riguardava il fondo Ceci; d' onde dichiarò aperte le successioni de' comuni genitori Paolo Laboccetta e Laura Bonito a pro de' loro figli. Quindi ordinò che tutt' i beni compresi nella eredità paterna si fossero in parti uguali divisi fra tutti, non escluso il fondo Ceci divenuto libero vivente il padre, della di cui successione si agitava.

» In rapporto poi alla successione di D. Laura Bonito del pari ordinò che si fosse divisa fra li sei figli di lei; cioè prelevata pei maschi una metà, dividersi l'altra in porzioni uguali tra li maschi, e le femmine; con mettere in collazione secondo le regole stabilite le donazioni, e le doti, le quali potevano essersi ricevute, a tale oggetto furono nominati li periti, da' quali ritualmente dovea progredirsi a tutto ciò che conveniva per la dovuta esecuzione.

» Inoltre il primogenito D. Nicola fu condannato a restituire i frutti raccolti dal fondo Ceci, menocchè per la sesta parte a lui dovuta; e sul medesimo riflesso fu condannato a rendere il conto di cotesta percezione dal giorno 27 novembre 1814 come ancora per tutti gli altri fondi ereditarj paterni. Fu condannato altresì lo stesso D. Nicola a rendere il conto de' frutti raccolti da' fondi attenenti alla eredità della madre dal giorno 25. aprile 1817. In ultimo fu condannato il medesimo D. Nicola a pagare a' suddetti suoi fratelli e sorelle docati 200 in conto de' loro certi dritti provvisoriamente e non ostante appello. Le spese del giudizio furono messe a carico della eredità.

» Avverso di questa sentenza ne fu prodotta l' appellazione presso la gran corte civile sedente in Catanzaro così da D. Nicola per quella parte, che riguardava il fondo Ceci, come dalle sorelle D. Ignazia, e D. Giuseppa per non essersi dal tribunale civile interloquito su la richiesta deduzione a lor favore della quota disponibile lasciata dalla madre comune nel suo testamento.

» Or quando la gran corte occupossi della discussione delle proposte appellazioni elevò le seguenti quistioni.

» 1. La rifiuta preventivamente fatta dell' immobile Ceci sottoposto alla primogenitura ordinata da Paolo Laboccetta il vecchio dal possessore Paolo Laboccetta il giovine a pro del suo figlio primogenito D. Nicola regge oppur no a fronte della legge sotto il di cui impero avvenne tale rinuncia?

» 2. Col pubblico atto di tal rifiuta portante l' epoca de' 28 febbrajo 1806 D. Paolo Laboccetta si disfece della proprietà del suddetto immobile, ovvero della nuda e semplice percezione de' frutti, anche per dar compenso alle spese della coltura, che andava ad imprenderne il rifiutatario di lui figlio?

» 3. Quante volte le quistioni elevate fossero per risolversi a favore dell'appellante D. Nicola, le parti della sentenza contraddetta, con le quali esso fu condannato a rendere il conto così de' frutti raccolti dagli altri beni ereditarj del padre, come da' beni ereditarj della madre; ed a pagare prontamente a' suoi fratelli e sorelle docati 200. potrebbero rimanere nella loro fermezza?

» 4. L' appellazione parziale prodotta contra la stessa sentenza dalle sorelle D. Ignazia, e D. Giuseppa Laboccetta è fondata o pur no?

» 5. Può in questa causa darsi luogo alla compensazione delle spese?

» E poichè la detta gran corte civile premise a ciascuna delle proposte quistioni quelle considerazioni, da lei giudicate opportune, decise nel seguente modo.

» Annullò la sentenza profferita dal tribunale civile di Reggio nel dì 22 dicembre 1817 per essersi dichiarata invalida la rifiuta fatta da D. Paolo Laboccetta a favore del suo figlio D. Nicola. Quindi ordinò che

il fondo nominato *Ceci* fosse escluso da' beni compresi nell'asse ereditario di esso D. Paolo; cagion per cui nella divisione da farsene si fosse proceduto a tutt'altro che alla divisione dell'enunciato immobile.

» In rapporto poi alla eredità della comune madre D. Laura Bonito ordinò, che se ne fosse fatta la divisione tra tutt' i figli a' termini della legge con prelevarsene nondimeno a beneficio di D. Ignazia, e D. Giuseppa Labocectta la quarta della stessa eredità giusta il di lei testamento de' 17 novembre 1812.

» Le spese furono compensate.

» Avverso di questa decisione pronunciata nel giorno 9 settembre 1818 si produsse ricorso per annullamento presso la corte suprema di giustizia ne' nomi di D. Fransco, di D. Pietro, e di Rosalia Laboccetta, essendo costei autorizzata dal di lei marito D. Ignazio Pitea.

» I mezzi indicati all'uopo sono quattro.

» Si premette che D. Paolo Labocetta comune genitore possedeva il fondo *Ceci* sottoposto a un majorasco; e tal fondo formava la parte migliore della sua possidenza. Occupato nel febbrajo del 1806 il regno da' Francesi, ben si previde lo scioglimento de' fedecommessi. Quindi dal padre comune ad oggetto di privare li suoi secondogeniti del vantaggio che loro recato avrebbe il divenir libero alle sue mani il fondo Ceci fedecommesso, affrettossi con istrumento del giorno 18 di quel mese a farne un'anticipata cessione al figlio di lui primogenito D. Nicola. Or dicesi che essendosi quest' abusiva e frodolente operazione dichiarata valida ed efficace dalla gran corte civile violandosi più leggi, siensi sconvolte le teorie, le quali dividono i dritti certi de' chiamati da' dritti eventuali.

» 1. Quindi col primo mezzo diconsi violate le leggi 41. e 55. *de legatis* 3., con le quali si prescrisse, come erasi fatto nella legge dodicesima sottoposta allo stesso titolo, che la restituzione della eredità prende il suo moto dal giorno, in cui se ne verifica la condizione; e che ogni restituzione preventiva recar non debba nocumento a coloro, li quali per evento posteriore possono rappresentare un dritto su de' beni ereditarj. Il fedecommesso primogeniale dovea restituirsi dal possessore di quello D. Paolo Labocetta il giovine al tempo della sua morte. Or questa avvenne in un tempo, nel quale per le vicende della legislazione tutt' i figli del possessore D. Paolo spiegavano dritto sul fondo *Ceci*. Adunque la cessione fattane innanzi tempo non potevasi sperimentare dannevole da' secondogeniti. E indarno la gran corte civile ha tratto le sue linee dal punto, nel quale si fece la cessione, allorquando dovea attendersi l'epoca, in cui dovea farsi la restituzione del fondo controverso.

» 2. Col secondo mezzo dicesi violata la legge 103 *de legatis* 1. ove si vieta di farsi frode alla legge, nel darsi il fedecommesso a chi non era in istato di riceverlo. Quindi si aggiugne che nel caso in contesa si fece frode alla legge, mentre se ne volle eludere la forza. Di fatti era ben noto quello che si era disposto intorno a' fedecommessi nell'anno 1799; e come questi di bel nuovo andarono a crollare in tutt' i luoghi posteriormente occupati dalle armi francesi. Or essendosi preveduto che il primogenito non avrebbe potuto rimuovere li secondogeniti dal concorrere insiem con lui sul fondo Ceci, finse il padre comune di fargliene al primogenito una cessione anticipata, ad oggetto che il posssesso, nel momento in cui la nuova legge abolitrice de' fedecommessi sarebbesi pubblicata, apparisse di già passato al primogenito D. Nicola che ne avea fatto l'acquisto. Per il che la gran corte civile avea fatto prevalere una simulazione frodolente alla verità della fatta operazione illegale, violando in tal guisa tutte le teorie registrate sotto il titolo del codice, l'epigrafe del quale bastevolmente le accenna, con essersi scritto: *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur*.

» 3. Col terzo mezzo si fa riflettere essersi violati tutt' i principj, coi quali misurar dovensi la estensione della patria potestà, e che al tempo della fatta cessione erano nel loro pieno vigore. Ed in vero inutilmente donava il padre al proprio figlio, ricadendo per lo stato di costui a favore del padre stesso l'acquisto simulato, che quegli appariva di averne fatto.

» 4. Diconsi per ultimo violati li principj, dà quali era regolata la validità, e la efficacia delle donazioni, che un padre poteva diffondere su di uno de' suoi figli. Ben egli può donare anche a titolo gratuito, come è permesso a ciascuno de' cittadini. Ma niun titolo può donare utilmente ad uno trà i suoi figli in detrimento de' dritti degli altri. E per verità dicesi donazione ogni atto, per la quale si dà, *nullo jure cogente L. 92. ff. de reg. jur.* Or D. Nicola niun dritto avea sul fondo Ceci nel corso della vita del padre: perciocchè non avea dritto a succedere nel fedecommesso, se non dopo la di lui morte. Da ciò se ne trasse, che il precedente passaggio della proprietà del fondo controverso presso di D. Nicola fu un atto di pretta liberalità usatagli dal padre; da riguardarsi come viziosa, e disdetta, quando direttamente tendeva ad attenuare li dritti degli altri figli, che per essi erano di già consolidati coll' aprirsi la successione del padre comune.

» Udito il rapporto: intesi gli avvocati D. Giuseppe di Stefano pei ricorrenti, e D. Franc. Ant. Trimarchi pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione: visto il ricorso.

» Ha considerato, che l'oggetto principale di D. Paolo Laboccetta il vecchio in allacciare con strettissimo, e perpetuo fedecommesso di majorasco il fondo di sua proprietà sito nella Contrada Ceci, fu il decoro della famiglia, anzicchè il favore sulle persone, mentre la classe de' primogeniti, già invitata nella serie delle future possibili generazioni fu meno considerata; essendo il primogenito, il primo rappresentante della famiglia, in grazia di cui il fedecommesso era stato ordinato sul fine di conservare indiviso presso la famiglia Laboccetta il fondo Ceci per tutto il corso del tempo avvenire; giacchè da epoca remotissima questo fondo era stato dalla stessa famiglia con decoro, e con aggio posseduto.

» Nè mai si dubitò, che un possessore di majorasco rinunziar potesse validamente al fedecommesso da lui già posseduto quante volte la rinuncia fosse stata fatta a favore di colui il quale era il chiamato immediatamente al fedecommesso stesso; cosicchè il restituirlo innanzi tempo al sostituito immediato, si ebbe, e si guardò come una operazione degna di commendazione, esprimendo col fatto l'adempimento pieno, e pio dato alla volontà del fedecommettente da rimuovere ogni sospetto di frode. Per il che sul disposto nella *L. patrem D. quae infraudem creditorum*, e nella *L. debitorem tit. eodem*, l'erudito Giovanni Voet notò *praesumptum fuit praesumptione juris, et de jure, ut loquuntur, eum magis fideliter facere voluisse, implendo, plene, pieque voluntatem quam creditores fraudasse.*

» E per verità non mai fu disdetto il rinunziare al proprio benefizio, nè mai violò il dritto altrui, quegli che fece uso del dritto suo. Onde avvenne essersi dalle leggi stabilito potersi dal possessor gravato rinunziare, a' beni soggetti al fedecommesso, anche nel corso della sua vita, semprecchè la rinunzia fosse diretta all' immediatamente chiamato. Difatti rescrisse l'imperator Filippo nella *L. 12. C. de fideicommissi post mortem suam, rogatam restituire haereditatem defuncti judicio, et antequam fati munus impleat posse satisfacere, idest restituere haereditatem, quarta parte vel retenta, vel omissa, si voluerit explorati juris est.* Ed è cosa ben diversa, che l'attual possessore di un fedecommesso non possa suo malgrado esser costretto a restituire nel corso della sua vita il fedecommesso da lui posseduto, dal non potere se così piace restituirlo a colui, che immediatamente è per succedergli, come che la morte del possessore non sia per anche avvenuta. Imperocchè la certezza di un' evento, quantunque incerto ne sia il giorno, non formò mai condizione.

» E molto male a proposito allegossi la *L. uxorem 39. §. 12. D. de legatis 3*, con la quale si credette poter dimostrare, che D. Nicola Laboccetta invalidamente rinunciò al suo figlio, il fedecommesso fondo *Ceci*. Il caso sul quale rispose il giureconsulto Scevola fu il seguente. Sejo fu dalla sua moglie scritto erede, e gli fu sostituita Appia alunna della testatrice, gravando Sejo di restituire ad Appia l'ere-

dità a lui tramandata, dopo che seguita fosse la sua morte, ma se mai la morte di Appia fosse seguita prima di Sejo, in tal caso prescrisse la stessa testatrice, che la restituzione della eredità tramandatagli avesse dovuto farsi a Valeriano figlio del fratello della medesima testatrice. Ma Sejo nel corso della sua vita restituì ad Appia la eredità tramandatagli da sua moglie. Fu interrogato Scevola se Sejo per la eseguita restituzione fosse rimasto libero dalla obbligazione di restituire a Valeriano. Scevola rispose al caso a lui proposto in questo modo *si vivo Sejo Appia decessisset non esse liberatum videlicet Sejum a fidecommisso Valeriano relicto.*

» Ma non si è mai dubitato, che D. Nicola Laboccetta refutatario sopravvisse, e non già premorì al padre di lui rifutante.

» Si è considerato inoltre, che inopportunamente s'imputò, a D. Paolo Laboccetta di avere restituito il fondo *Ceci* innanzi tempo, facendosi così frode alla legge, in danno de' suoi figli secondogeniti. Conciosiachè da lui si previde la prossima sovversione de' fedecommessi per la non lontana aggressione de' Francesi, e per essere viva la ricordanza di quello, che in ordine a' fedecommessi era seguito in questo regno nell'anno 1799; ma presso che la cagione motrice della rinunzia fatta da D. Paolo al figlio D. Nicola fu la temenza della prossima abolizione de' fedecommessi, quegli che regola le sue operazioni secondo la legge, la quale impera, può dirsi che abbia fatta frode ad altra legge futura che già si temeva ma non ancora obbligatoria, perchè non ancora promulgata? Così colui, che alla vociferazione di una prossima aggressione nemica chiude in luogo forte le biade, già per lo innanzi esposte sull'aja, opera forse in frode de' dritti del vincitore?

» Ma per poco, che anche si rifletta alla immaginata supposizione, D. Paolo Laboccetta avrebbe operato concordemente al dovere di fare, che la volontà del fedecommettente avesse avuta la sua perpetua esecuzione; onde non tradir la fiducia riposta nè chiamati ai quali s'intendeva far sperimentare questo beneficio.

» E sebbene l'avvenire sia oscuro, ed incerto, pure può prendersi norma dal passato. Ora se gli accidenti del 1799 fecero temere nel 1806 la nuova sovversione de' fedecommessi rimaneva salda altresì la speranza, che col ritorno del padrone legittimo, le antiche leggi sarebbero state riosservate. Adunque si volle ridarguir D. Paolo di una operazione prudente, savia, e pietosa tendente al bene della famiglia collettivamente considerata, e richiesta dalla riverenza, nella quale aver si debbono le ultime volontà de' nostri maggiori.

» Pur tuttavia ancorchè il fondo *Ceci* fossè divenuto libero nelle mani di D. Paolo, qual dritto sarebbesi acquistato da suoi secondogeniti per impedirgliene la distrazione, massimamente se veniva richiesto dal suo stretto bisogno?

» Per ultimo è del pari mal fondata l'altra doglianza mossa da' ricorrenti, che D. Paolo padre comune contrattò, e donò al suo primogenito D. Nicola tuttavia figlio di famiglia, contro il divieto delle leggi.

» Ma quivi convien premettere, che D. Nicola era stato emancipato; e che tutta la rendita che si ritraeva dal fondo *Ceci* non era maggiore di annui duc. 32 e grana 67.

» Ma de' frutti del fedecommesso D. Paolo pel corso della sua vita n'era certamente il libero dispositore; e come si è fatto avvertire la proprietà rivocabile del fondo *Ceci* ben da lui poteva restituirsi nel corso della sua vita all'immediato sostituito. Ciò fece, ed in qual modo? Impose al figlio il pagamento del peso fondiario, di badare alla coltura del fondo a lui rifiutato, di farne le spese, e di somministrare li pieni alimenti nel corso della sua vita al padre D. Paolo. Or questi con la eseguita rifiuta al bene di chi provvide? al ben di lui, o a quello del figlio?

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale e condanna i ricorrenti alle spese liquidate in ducati 17 e grana 34 oltre il costo della spedizione.

» §. 3. La nullità della sostituzione fede-
» commessaria non recherà alcun pregiudizio
» alla validità della donazione, della institu-
» zione, o del legato cui sta aggiunta; restan-
» do caducate tutte le sostituzioni anche del
» primo grado. *Art.* 943. *Leg. civ.*

La suprema corte di giustizia con decisione de' 26 giugno 1823 rispettò la massima dettata da questo articolo, lasciando libera la disposizione testamentaria, malgrado che un legato in essa contenuto fosse affetta da sostituzione.

» *Fatto* - Nel 1817 morì il duca di Roscigno D. Pasquale Capece Villani. Aveva egli nel dì 2 settembre 1801 fatto il suo ultimo testamento, ed in seguito a'21 maggio 1802 un codicillo. Col primo istituì erede ne' beni feudali D. Raffaela Albito sua nipote, e ne' burgensatici, tanto la stessa sua nipote, quanto l'altro suo nipote D. Filippo Schinosa, e le sue sorelle D. Geltrude Villani principessa di Pallagoria; e D. Margarita Capece Villani moglie di D. Pasquale d'Afflitto, ciascuna per la quarta parte, chiamando poi a succedere i figli della sorella che a lui si trovasse premorta nell'apertura del testamento. Lasciò a sua moglie D. Maria Rosa Severino de duchi di Seclì la di lei dote, e quanto le spettasse di diritto.

» Gravò poi i detti suoi eredi, dopo sua morte, di fondare un monte de' beni più espliciti della sua eredità colla dote di ducati 100 mila da durare in perpetuo, dal cui frutto, dedotte le spese necessarie pel mantenimento, si dovessero celebrare annualmente messe 300 a grana 20 l'una, ed il dippiù convertirsi in monte di maritaggi a ragione di ducati 50 l'uno, per le donzelle povere pericolitanti, da distribuirsi per bussola. Designò per amministratore di detto monte il principe di Pollica Liguoro suo cugino, ed il Parroco dell'arcivescovado di Napoli.

» Ordinò inoltre, che non giungendo i beni liberi alla capienza de' ducati 100 mila per la dote del monte, dovesse ridursi alla valuta effettiva de' beni liberi esistenti, annoverandosi fra questi, i ducati 17 mila da lui spesi per la rifazione della casa sita al Majo di Porto, il residuo delle doti pagate alle sue sorelle di suo proprio danaro, ed ogni altra ragione, e credito sù fedecommessi di casa.

» Col codicillo poi in vece del principe di Pollica, nominò il padre Preposito de' Gerolomini amministratore del monte da lui istituito colle stesse facoltà. Gravò poi l'ultimo suo erede, e successore all'osservanza del monte, ed a concorrere al patrimonio dello stesso, supplendo a ciò, che mancasse pel pieno della dote del monte fissato nel testamento; ancorchè fussero beni della sua eredità soggetti a gravami di fedecommessi, che in detto caso verrebbero a rimaner liberi in mano dell'ultimo possessore.

» Essendosi venuto in cognizione del suddetto testamento, per sovrana disposizione venne ordinato, che l'amministrazione de' beni suddetti si fosse incardinata all'amministrazione generale di pubblica beneficenza di Napoli, onde far eseguire la volontà del testatore. Quindi la riferita amministrazione citò all'oggetto la principessa di Pallagoria, i signori D. Girolamo, D. Eustachio, e D. Diego d'Afflitto, D. Filippo Schinosa, e D. Raffaela Albito moglie del signor Gattola, tutti nella qualità di eredi del duca di Roscigno, e domandò di condannarsi i medesimi a rilasciare indistintamente tanti beni della detta eredità a scelta di essa amministrazione nella somma di ducati 100 mila da farsene il distacco a' termini della legge; e pendente tal distacco esser lecito all'amministrazione medesima di procedere ad un generale sequestro de' beni mobili, ed immobili della eredità eliggendosi all'oggetto un depositario giudiziario dal tribunale per incassarsene il prodotto, ed i frutti.

» Il tribunale civile di Napoli con sentenza de'28 febbrajo 1820 condannò i rei convenuti a rilasciare a prò dell' attrice i beni, ed effetti ereditarj del detto duca, tanto liberi in origine, che divenuti tali per le leggi abolitive de' fedecommessi, sino al pieno de' 100 mila ducati, che servir doveano di dotazione al monte ordinato nel suo testamento de' 2 dicembre 1801. Dichiarò benvero, che da siffatta dotazione fossero esenti i beni divenuti liberi, e che una volta erano feudali, nè quali trovavasi particolarmente istituita erede D. Raffaela Albito. Rigettò quindi relativamente a tali beni la domanda dell'anzidetta Beneficenza.

» Contro questa sentenza la pubblica Beneficenza produsse appello. Appellarono parimenti D. Mariantonia Villani, la principessa di Pallagoria, e D. Filippo Schinosa. Per parte de' signori d'Afflitto fu chiesto l'inter-

vento in causa, e fu prodotto appello incidente.

» La gran corte civile con decisione de' 28 febbrajo 1822 annullò gli appelli principali, ed incidenti, non che la sentenza appellata, ed avocando il merito con novella decisione definitivamente dichiarò nulli per vizio di sostituzione non meno il legato de' maritaggi disposto dal duca di Roscigno col suo testamento, e codicillo, che la istituzione degli eredi nelle persone di D. Raffaela Albito, D. Filippo Schinosa, D. Geltrude Capece Villani, principessa di Pallagoria, D. Margarita Capece Villani, o di coloro, che ne avean causa. Dichiarò per contrario valido, ed esente dal vizio anzidetto il legato a titolo universale de' beni, già feudali disposti nel testamento stesso a favore della detta D. Raffaela Albito. Dichiarò finalmente aperta in tutti gli altri beni, che si trovassero esistenti all' epoca della morte del duca, la di lui successione intestata a beneficio di coloro, che vi avessero diritto, come per legge. Assolvè quindi i convenuti dalle dimande contro di essi promosse dal consiglio di pubblica Beneficenza. Ordinò in fine, che a carico degli eredi intestati restasse il peso delle messe ordinate dal duca col suo testamento e che s'iscrivesse nè pubblici registri l'obbligo dell' annua celebrazione di esse.

» Contro questa decisione la pubblica Beneficenza si provvide di ricorso nella corte suprema di giustizia allegando : 1.° Che la gran corte avendo annullato l'intrinseco della disposizione del duca di Roscigno, qual' era il legato di ducati 100 mila de' maritaggi a favore de' poveri, unico oggetto del suo testamento, ha violate le *L.* 5. *ff. quemad. testam.* e 1. *Cod. de Sacros. Eccles.* 2. e 3. Ch'era immaginario il ragionamento della gran corte ed immaginarie erano le conseguenze della esistenza del fedecommesso; e che conforme ai principj sanzionati nella *L.* 76. *D. de jud.* non solo niuna idea di sostituzione fedecommessaria si racchiudeva nel legato di ducati 100 mila fatto dal duca di Roscigno, ma niuna caratteristica vi si distingueva, che potesse farvi attaccare l' idea di un monte proibito dalle leggi : 4.° Che la gran corte avendo conservata la principessa Albito nella chiamata de' beni *ex feudali*, sol perchè il di lei legato fu fatto a titolo universale, ha violato l'articolo 995 del cod. civ. ov'è prescritto, che rimangono nulli per vizio di sostituzione tutt' i testamenti, ed esclusi gli eredi chiamati : 5.° Che la disposizione del duca di Roscigno non contenendo, che un legato, non poteva la gran corte ricorrere ad interpetrazioni per annullare la disposizione medesima senza violare le *L.* 25. *D. de leg.* 3. *L.* 24. *de ann. leg.* e l'articolo 943 delle leggi civili.

» Per parte della stessa pubblica Beneficenza con altri mezzi aggiunti fu dedotto 1.° Che il legato non conteneva alcun fedecommesso nè pel testamento nè pel codicillo : 2.° Che il legato medesimo essendo unico tanto per le messe, che pe' maritaggi, la gran corte è caduta in contradizione con se stessa quando ha conservate le prime, e distrutt' i secondi 3.° Che stranamente è stata dichiarata aperta la successione intestata, e lasciato il peso delle messe a carico degli eredi istituiti contro il disposto del testamento.

» Udito il rapporto : ec. ec. ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l' annullamento di quella sola parte della decisione impugnata, colla quale si è dichiarato infetto del vizio di sostituzione il legato di 100 mila ducati e pel rigetto del ricorso sul dippiù della detta decisione.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione : Visto il ricorso : Visto l'articolo 943 delle leggi civili.

» Attesocchè a' termini del citato articolo 943 ove una parte de' beni di una eredità, di una donazione, o di un legato si trovi affetta da sostituzione, la nullità non colpisce la intiera disposizione, ma essa si sostiene, ed il vizio ne mena solo la parte onnossia alla sostituzione vietata.

« La corte suprema in conseguenza occupatasi prima di ogni altro del motivo elevato all' oggetto dal pub. minist. osserva, che il duca di Roscigno istituì eredi universali le sorelle, e la disposizione, che si vuole affetta alla sostituzione non riguarda l' eredità, ma un legato di ducati 100 mila messo a ca-

rico degli eredi; per cui supposto il vizio del gravame si renderebbe caduco il legato, non la dichiarazione di erede. Ond'è, che la corte avendo nella idea della sostituzione dichiarato nullo non meno il legato, che la istituzione, e sostenuto nel tempo stesso l'obbligo della celebrazione delle messe inerente al legato medesimo, ha male applicato l'articolo 943; e si è messa in contraddizione cogli stessi suoi principj.

» La corte suprema osserva, che il vizio della sostituzione che annulla l'atto di ultima volontà, e che la gran corte civile ha cercato nel testamento, e nel codicillo del duca di Roscigno, non si trova nè nel primo, nè nel secondo. Il Legislatore ove abolì la sostituzione, nè definì gli estremi, che la costituiscono. I caratteri indicati sono due. *L' obbligo*, cioè, di *conservare*; *e quello di restituire*; da ciò deriva, che sotto l'impero della legislazione provvisoria del codice civile, come per virtù della prima parte del cod. delle leggi civ. la sostituzione vietata non può trarsi da interpetrazione di volontà, ma può dirsi esistente solo, ove nella disposizione si trovi il concorso de' due espressi caratteri, *l' obbligo*, cioè, di *conservare*, *e restituire*, ma ove essi manchino, la disposizione vietata non vi è. L'ordine di conservare, senza che sia designata la persona cui debbasi restituire si ha come non apposto, e l'obbligo di restituire, senza l'obbligo di conservare, come l'obbligo di restituire a tempo costituiscono un fedecommesso semplice, che non entra nel divieto dell'art. 943. In somma le sostituzioni proscritte, sono le sostituzioni fedecommessarie, e quelle precisamente, che riguardano l'ordine successivo, non ove il contemplato acquista diritto trasmissibile alla morte del gravante, ma del gravato. Tanto si raccoglie dagli atti, che riguardano la redazione dell'art. 896 del cod. civ., ed al medesimo si avvicinino gli art. 1041 1048 e 1049 nè quali due ultimi, il peso di restituire non s'intende altrimenti, che alla morte del primo gravato.

» Ciò premesso la corte suprema osserva, che il duca di Roscigno ordinò, che gli eredi da lui istituiti dalla massa de' suoi beni liberi subito delibassero ducati 100mila pel fondo di maritaggi delle donzelle periclitanti; vale a dire, che si è precisamente a' termini di un legato puro, e lungi di potersi andare alla idea dell'obbligo di conservare, e di restituire, si trova il divieto di adire l'eredità, primacchè si formasse il monte, quindi è, che gli eredi istituiti non presentano, che l'idea di semplici esecutori di questo primo atto di volontà.

» Attesocchè la sostituzione, che non può dedursi dal testamento, meno può trarsi dal codicillo; dappoicchè l'oggetto del codicillo non fa altro, che di surrogare al principe di Pollica il Prevosto de' Gerolomini per la vigilanza alla distribuzione de' maritaggi. E sebbene ivi si legga ingiunto all'ultimo possessore de' fedecommessi di sua famiglia, in cui i beni pervenivano, il gravame di supplire a ciò, che per avventura mancasse a ducati 100mila disposti per fondo di maritaggi, pure o cotesta ordinazione ci porta alla idea di una condizione verificabile alla morte del disponente, ed in questo caso, come i fedecommessi furono aboliti, que' beni formavano una massa col resto della di lui eredità, o la sostituzione scomparve, e ciò, che riguarda il codicillo coincide con quello, che si è osservato in ordine al testamento.

» Ove si prescinda da cotesta veduta, si trova, che il testatore volle il supplimento di ciò, che mancava al pieno del monte dai fedecommessi allora esistenti; ed in questa ipotesi si ha, ch' egli non ordinò un fedecommesso, ma dispose su de' beni fedecommessi. Oltreacciò, come l'idea del supplimento suppone l'altra, che nella eredità vi fusse stato il pieno de' ducati 100mila richiesti per la erezione del monte, ed in quest' altra ipotesi il gravame, come si trovava *ultra vires hereditatis*, non era obbligatorio, si aveva come non iscritto, ed entrava nella classe delle disposizioni, che *vitiantur, et non vitiant*.

» La corte non trova consone alla saviezza del magistrato, che mentre la legge vuole rispettata la volontà del testatore esso per mezzo d'interpetrazioni sforzate cerchi gravami per alterarla. Deesi nel dubbio riputare, che un testatore non abbia voluto far quello, che

la legge proibiva, e molto meno quello, che si trae dietro l'annullamento della disposizione principale.

» Oltreacciò la corte suprema considera, che presa la causa nel suo vero aspetto, non bene si è riportata alle linee de'fedecommessi, e delle sostituzioni. Il duca di Roscigno dispose a vantaggio delle donzelle povere della capitale. Quindi precisamente si era al caso dell'art. 910 (826 leg. civ.) non dell' art. 896. del cod. civ. (942. leg. civ.) Lo zelo, e la pietà fu sempre commendata, e si guardò solo, che non eccedesse i limiti legittimi; e perciò simili disposizioni non furono vietate, ma sommesse solo all'approvazione del Sovrano. Or S. M. con rescritto in data de' 10 ottobre 1818 permise di accettarsi il legato del duca di Roscigno, onde non vi era ostacolo ad eseguirsi la disposizione del medesimo. I monti di pietà non si hanno da confondere co' monti familiari, che ponendo i beni nella testa di alcuni particolari individui avevano non poca somiglianza co' fedecommessi, per cui furono egualmente proscritti; ma non così per i legati di beneficenza, che diretti a sollevare gl'infelici, come han meritata tutta la considerazione, debbono essere garantiti dal magistrato.

» Quanto al legato a titolo universale.

» Considerando, che cotesto legato riguardato all'epoca della fazione del testamento, in cui vigeva la feudalità; come sottraeva l'erede *in feudalibus* dagli obblighi, che poteano altrimenti gravitare sul prezzo del feudo, il legato migliorava il diritto del legatario; e quindi era valido, e si sostenea; o si consideri, che il testatore essendo sopravvivuto all'abolizione della feudalità; come egli non dispose de' beni già feudali, nè tolse il legato; ha potuto la suprema corte nel contegno del testatore vedere la conferma del legato: Idea, che così concepita dal giudice del merito, è sottratta dal demanio della corte suprema.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema, in continuazione dell'udienza del dì 21 del corrente mese annulla quella sola parte della decisione impugnata, colla quale si è dichiarato infetto del vizio di sostituzione il legato di 10omila ducati destinato per l'opera de' maritaggi, ed ordina, che per tutto il dippiù la decisione medesima si esegua. Per la parte annullata rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera, rimettendo le cose nello stato in cui erano prima di pronunziarsi la denunziata decisione; ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 4. Non sarà considerata come sosti-
» tuzione, e sarà valida la disposizione tra
» vivi o di ultima volontà, colla quale sarà
» dato ad uno l' usufrutto e ad un altro la
» nuda proprietà. *Art.* 944 *Leg. civ.*

Talora la disposizione di taluni oggetti, che portano il peso di restituirsi, contiene la proprietà, e non l'usufrutto degli oggetti stessi. Così Scevola.

» Filios heredes instituit: uxori vestem, mundum muliebrem, lanam, linum, et alias res legaverat, et adiecit: Proprietatem autem eorum quae supra scripta sunt reverti (*Per hoc apparet proprietatem legatam; quia alias reverti non posset*) volo ad filias (*post mortem uxoris*) meas, quaeve ex his tunc vivent. Quaesitum est: utrum ususfructus, an proprietas earum rerum data sit? Respondi propritatem legatam videri. *L.* 39. *D. de usu, et usuf. leg.*

»*Casus.* Titius instituit sibi heredes duos suos filios, et duas filias pone, et legavit uxori suae vestem, et mundum muliebrem, et lanam, et linum, et alias res: postea ita dixit in eodem testamento: proprietatem omnium praedictorum quae uxori meae legavi volo reverti ad dictas meas filias post mortem dictae meae uxoris, vel ad illam ex dictis filiabus, quae tunc vixerit; et postea decessit dictus testator. Modo quaeritur, utrum videatur legatus uxori ususfructus dictarum rerum, an vero proprietas? et responde quod videtur ei legata proprietas. *Vivianus.*

Si potrebbe lasciar l' usufrutto a più persone successivamente; vale a dire per goderne l' una dopo l' altra? Delvincourt è per l'affermativa. Non vi ha in questo caso, ei dice, che il legato fatto al primo godente che sia puro e semplice: gli altri sono riputati fatti sotto la condizione *si supervixerint.* Così fu giudicato in Parigi il 26 marzo 1813 È presso a poco la stessa cosa che una rendita

vitalizia costituita a vantaggio di più persone. *Delvincourt Corso di codice civile Tom.* 5. *nota* 350. *al tit.* 4.

» §. 5. Il padre, la madre, gli ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che questi muoia senza figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, ma in quei soli beni ne' quali sia stato il minore lasciato erede. *Art.* 945. *Leg. civ.*

Questo articolo non ha verun rapporto cogli articoli 1003 1004 che abilitano il padre o la madre a donare ad uno o a più dei loro figli, il fratello o la sorella a disporre a vantaggio di uno, o più de' suoi fratelli, o sorelle, tutto, o parte dei loro beni, apponendo l'obbligo di restituirli a' figli nati e da nascere nel primo grado soltanto de' detti donatarj. La facoltà concessa al padre, alla madre, agli ascendenti, ai zii, alle zie, ai fratelli, ed alle sorelle di sostituire ad un minore di anni dieciotto una terza persona, pare che non contenga altr'oggetto se non quello d'impedire al minore la disposizione capricciosa della metà di quei medesimi beni, che gli sono lasciati; imperciocchè coll'articolo 820 è a lui concesso il disporre per testamento sino alla concorrenza solamente della metà dei beni che la legge permette di disporre al maggiore. L'articolo in esame adunque potrebbe riguardarsi come una eccezione agli articoli 941 e 942 (*Vedi* §. 1. e 2.); imperciocchè stabilisce una quasi sostituzione fedecommessaria, onde assicurare in famiglia un asse, che l'arbitrio di un minore di anni dieciotto potrebbe distrarre.

» **SOSTITUZIONE VOLGARE** §. 1. Può all' erede istituito, al donatario, o al legatario sostituirsi una terza persona nel caso che alcuno di essi non conseguisse la eredità, la donazione, o il legato. Questa disposizione vien detta *sostituzione volgare. Art.* 936. *Leg. civ.*

La definizione della sostituzione volgare vien data precisamente da Einnecio.

» Definitur substitutio in jure nostro: institutio heredis secundi in locum deficientis primi: e. g. Maevius heres esto: si heres non erit, Sempronius heres esto...... Vulgaris est quando quilibet testator cuilibet heredi substituit in casum, si heres futurus non sit. *Heinecii Recitationes Lib.* 2. *tit.* 8. *de Vulgari subst.* §. 555.

Le parole si *heres futurus non sit* corrispondono a quelle ritenute nel nostro articolo *nel caso che alcuno di essi non conseguisse la eredità*. Quindi sorge il dubbio se il non conseguirsi la eredità importa non volersi o non potersi adire dall' erede?

Con rescritto dell' imperatore Alessandro il caso s' intende nell' uno, e nell' altro modo.

» Cum proponas Alexandrum equitum testamento primo loco Iulianum, ut libertum suum heredem instituisse, eique substituisse his verbis (quod si ex aliqua causa primus heres hereditatem meam adire nolverit, vel non potuerit, tunc in locum ejus secundum heredem substituo Vitalem) post mortem autem testatoris Iulianum servum communem fuisse defuncti militis et Zoili fratris ejus apparuerit: an tu (*scilicet Vitalis*) ex substitutione admittaris, voluntatis est quaestio.

» Nam si credens eum proprium, et suum libertum (*futurum*) heredem instituit, nec per eum ad alium quenquam hereditatem pertinere voluit: extitit conditio substitutionis, tibique hereditas delata est.

» Quod si verba substitutionis subscriptae (*in testamento*) ad jus retulit, ut si nec per semetipsum alium (*scilicet dominum*) fecisset heredem (potuit enim quamvis jubente domino nolle adire), ita demum substitutus vocaretur, si tamen paruerit domino, et adierit, substitutioni locus non est. *L.* 3. *cod. de heredib. instituend.*

Casus. Alexander miles, et Zoilus habebant servum communem Iulianum: Alexander credens Iulianum esse libertum suum proprium, eum heredem instituit, et ei Vitalem substituit hoc modo: si Iulianus heres non erit, Vitalem substituo. Decessit Alexander, apparuit postea Iulianum fuisse servum Alexandri, et Zoili; quid his verbis substitutionis significetur, quaeritur? vel qualiter admitti debeat substitutus, quaeritur? Responde: aut voluit testator per Iulianum acquiri hereditatem, cum credebat eum liberum, aut

noluit: primo casu non admittitur substitutus: secundo casu sic. *Vivianus*.

Vinnio in comentare nelle Istituzioni la condizione *si heres non erit* adoperata da Giustiniano anche per formola della sostituzione volgare, si attiene alla riportata legge 3. *Cod. de heredib. instituend.* per dimostrare che la sostituzione può aver luogo non solo nel caso che l'erede istituito non voglia adire l'eredità, ma anche nel caso che non possa adirla per condanna.

» *Si heres non erit*. Hic casus primus dicitur, et est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed saepe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat: *Titio Maevium substituo*: aut pluribus institutis ita: *eosque invicem substituo*. Casus autem iste: *si heres non erit* generalis est, continens in se et casum noluntatis, ut loquuntur *si heres esse nolit*; et impotentiae *si non potuerit heres esse*. Uterque casus speciatim exprimitur *L.* 3. *Cod. de her. instit.* Sub casu impotentiae iterum sunt inferiores, et veluti species infimae, veluti *si mortuus sit*, *si deportatus*. *Vinnii Instit. lib.* 2. *tit.* 15. *de vulgari substit. in pr.* §. *Post autem. Comment. n.* 3.

Il dritto romano risolve diverse questioni su la sostituzione vulgare. Crediamo util cosa di scegliere, e riportare le più interessanti, che possono adattarsi agli articoli in esame.

1. *Questione*. Sostituito alcuno a succedere colle parole di *chiunque sarà mio erede*, costui s'intende chiamato alla porzione ereditaria? Cajo decide per l'affermativa.

» Si in testamento heredes scripti ita alicui (*puta Titio*, *qui cum erat institutus*) substituti fuerint: ut si is (*scilicet Titius*) heres non esset (*ipsi testatori*) quisquis sibi (testatori) heres esset, is in partem quoque deficientis esset heres: pro qua parte quisque heres extitisset (*in dicto testamento*), pro ea parte eum in portionem quoque deficientis vocari placet; neque interesse jure institutionis quisque ex majore parte heres factus esset, an vero per legem alteram, alicujus (*sibi tantum conjuncti*) partem vendicasset. *L.* 5. *D. de vulgari et pupil. substit.*

Casus. Ita dixi in testamento meo: instituo mihi heredem Titium, et Sejum, et Cajum, et Sempronium: et si Sempronius heres mihi non erit quisquis alius mihi heres est, in parte Sempronii praedicti sit heres, et decessit postea Sempronius, aut non vult mihi heres esse; quaeritur pro qua parte habeant coheredes Sempronii partem ejus? et dicitur quod quilibet habet pro ea parte, pro qua a me institutus est; unde si Titius praedictus, et Sejus, et Cajus habeant dispares partes, pro ea parte, ut dixi, quam quisque habet in hereditate mea pro ea in quam venit ad partem Sempronii eorum coheredis: nec est vis, utrum unus eorum habeat majorem partem in hereditate mea, quam coheredes sui, eo quod eum instituerim in majori parte quam alios, an ideo quod per jus accrescendi vendicasset alteram partem alicujus coheredum qui decessit forte, et cui forte erat conunctus iste, qui nunc invenitur habere majorem partem: quia utroque casu iste qui habet majorem partem in haereditate mea, habebit majorem partem in parte Sempronii coheredis sui, quae defecit quam alii sui coheredes, *Vivianus*.

2. *Questione*. Se nella sostituzione vien chiamato alcuno reso incapace per condanna, trovandosi costui restituito nei suoi dritti nel tempo in cui la sostituzione si avvera a suo favore, può egli adire l'eredità? Paolo risponde affermativamente.

» Si is (*extraneus*) qui heres institutus est, filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius (*licet ex testamento patris capere non potuerit*, *cum alius adierit*; *alias nec substitutio valet ut sup. L.* 2. §. *plane*: *potuit enim mutare conditionem per restitutionem in integrum*) decessit. Contra quoque potest poenas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit (*quia tunc capax erat*) *L.* 11. *D. de vulgari et pup. subst.*

Casus. Quendam deportatum mihi heredem institui, et filium meum impuberem exheredavi; et dictum deportatum ei substitui, et decessi: certe licet hereditatem meam habere non posset, eo quod erat deportatus tempore quo eum institui, tamen si inveniatur capax eo tempore quo vendicat sibi locum substitutio dicti mei filii, id est tempore quo

in pupillari aetate decesserit dictus filius, puta quia restitutus invenitur deportatus, heres erit filii ex substitutione: et idem est e contrario; nam si invenitur capax hereditatis meae, et non capax tempore quo vendicat sibi locum substitutio, habebit meam hereditatem, et non hereditatem filli mei ex substitutione. *Vivianus*

3. *Questione*. Per presunta volontà del testatore il coerede può preferirsi al sostituito? Giuliano sostiene l'affermativa.

» Quidam testamento Proculum ex parte quarta, et Quietum ex parte dimidia et quarta (*idest dodrante*) heredem instituit. Deinde Quieto Florum, Proculo Sosiam heredes substituit: deinde si neque Florus, neque Sosia heredes essent, tertio gradu ex parte dimidia, et quarta Coloniam Leptitanorum (*nomen villae vel civitatis*), et ex quarta complures heredes substituit in plures quam in tres (*quia in dodrante erat institutus*) uncias. Quietus hereditatem adivit; Proculus et Sosia vivo testatore decesserunt (*sicque eorum pars est in causa caduci*). Quaeritur, quadrans Proculo datus, ad Quietum (*coheredem*), an ad substitutos tertio gradu pertineat? Respondit, eam videri voluntatem patrisfamilias fuisse, ut tertio gradu (*civitatem*, *et alios*, *seu alios tantum*) scriptos heredes ita demum substituerit, si tota hereditas (*idest tam gradus institutorum*, *quam substitutorum primo loco*) vacasset: idque apparere evidenter ex eo, quod plures quam duodecim uncias inter eos distribuisset, et idcirco partem quartam hereditatis de qua quaeritur (*in qua Proculus erat institutus*) ad Quietum pertinere. *L. 30. D. de vulgari*, *et pup. substit.*

»*Casus*. Sempronius fecit testamentum, et instituit sibi heredem Proculum in tribus unciis, idest in quarta parte hereditatis suae, et quendam nomine Quietum instituit in novem unciis, quae sunt dimidia, et quarta hereditatis; postea substituit Quieto in novem unciis instituto quendam nomine Florum; et Proculo in tribus unciis instituto substituit quandam nomine Sosiam, postea ita dixit: si neque Florus Quieto substitutus, neque Sosia Proculo substituta heredes mihi erunt, simul repudiantes hereditatem meam; Quieto, et Proculo a me institutis, substituo tertio gradu coloniam Leptitanorum in dicta dimidia, et quarta hereditatis meae, in qua institui Quietum praedictum, et substituo Cajum, et Cornelium et Stichum ex quarta parte hereditatis meae, id est ex tribus unciis, in quibus institueram Proculum, et substitueram Sosiam, et volo quod de dicta quarta parte habeat duas uncias dictus Cajus, et duas dictus Cornelius, e duas dictus Stichus, et ita divisit testator praedictus in hac secunda substitutione in sex uncias dictam quartam hereditatis suae, id est supradictas tres uncias. Postea decessit Proculus in tribus dictis unciis institutus, et Sosia ei substituta vivente adhuc dicto testatore; et sic dictae tres unciae sunt factae in causam caduci; et sic ad heredem Proculi non possunt pertinere, nec etiam ad heredem Sosiae ei substitutae: et postea decessit dictus testator, et praedictus Quietus in novem unciis institutus adivit hereditatem pro ea parte. Modo quaeritur, utrum dictae tres unciae factae in causam caduci pertineant ad dictum Quietum Proculi coheredem, qui quidem Quietus adivit hereditatem, ut dictum est, an ad Cajum, et Cornelium, et Stichum substitutos tertio gradu? Et dicitur quod debent pertinere ad Quietum; quia ea videtur fuisse testatoris voluntas, ut ita demum substitueret tertio gradu scriptos heredes, si tota hereditas vacasset. In nostro autem casu non vacavit; quia Quietus adivit hereditatem, ut dictum est, et hoc ideo praesumitur, quia plures quam duodecim uncias inter eos distribuit, nam Coloniam Leptitanorum substituit tertio gradu in novem unciis, et Cajum, et Cornelium, et Stichum substituit tertio gradu in sex unciis; ut ita substitutos praedictos in tertio gradu substituit in quindecim unciis. *Vivianus.*

4. *Questione*. Istituiti quattro eredi in parti disuguali, ed esprimendosi dal testatore, che se il primo di essi non accetta sono a costui sostituiti li stessi coeredi, ed a costoro unisce un terzo col nome anche di coerede: quest' ultimo viene ammesso nella sostituzione? nel caso affermativo qual porzione egli prende nella parte non eccettata? Giuliano risponde: la quarta.

» Qui complures (*quatuor puta*, *computato Attio*) heredes ex disparibus partibus

instituerat, et in his Attium, si Attius non adiret, caeteros ex iisdem partibus quibus instituit heredes ei substituerat. Deinde si Attius non adiisset, Titium coheredem iis qui substituti sunt adjecit (*substituendo non instituendo ; alioqui etiam si Attius adiret nihilominus heres esset Titius*). Quaesitum est, quam partem, is, et quam caeteri habituri essent? Respondi, Titium virilem, caeteros hereditarias; veluti si tres fuissent (*scilicet substituti preter Titium*) Titium quartam partem Attianae partis habiturum, reliquarum partium hereditarias partes ex quibus instituti erant, reliquos habituros esse. Quod si non solum Titium, sed etiam alios adjecisset heredes, hos quidem viriles partes habituros; veluti si tres, puta, coheredes fuissent substituti, extranei duo adjecti, hos quintas (*idest quilibet quintam*) partes Attianae partis; reliquos autem coheredes hereditarias partes habituros esse dixit. *L. 32. D. de vulgari, et pupil. substit.*

» *Casus.* Institui mihi quendam heredem nomine Attilium in duabus unciis hereditatis meae et Cajum in quatuor, et Sejum in quinque, et Cornelium in una; et postea dixi: si dictus Attilius non adierit pro sua parte, substituo ei dictum Cajum, et Sejum et Cornelium ex eisdem portionibus, quibus eos institui; et do eis tribus coheredem Titium, et decessi. Postea Attilius noluit adire hereditatem meam, et ita habuit locum substitutio, et dicta heredis adjectio. Modo quaeritur quam partem habere debeat dictus Titius adjectus, et quam Cajus, et Sejus, et Cornelius de duabus unciis, in quibus fuit Attilius institutus? Et dicitur quod Titius habebit quartam partem duarum unciarum Attilii, et praedicti tres habebunt tres partes dictarum duarum unciarum, et divident dictas tres partes dictarum unciarum inter se pro eis partibus, pro quibus a me instituti fuerunt: si autem adjecissem Titium, et Stichum coheredes praedictis tribus, fient tunc quinque partes de dictis duabus unciis Attilii, et Titius, et Stichus habebit quilibet unam quintam; et aliae tres quintae dividentur inter praedictos tres pro his partibus pro quibus eos heredes institui. *Vivianus.*

5. *Questione.* Data la nomina di quattro heredi, e sostituiti altri a ciascuno di essi meno che ad un solo; la parte di quest' ultimo a chi è dovuta? ai sostituiti, oppure ai coeredi? Jaboleno sul responso di Offilo, e di Cascellio decide esser dovuta ai primi.

» Quidam quatuor heredes fecerat, et omnibus heredibus praeter unum substituerat. Unus ille, cui non erat quisquam substitutus, et ex caeteris alter vivo patrefamilias decesserat. Partem ejus, cui nemo erat substitutus, ad substitutum quoque pertinere, Offilus, et Cascellius responderunt. (*Sed hic extraneus non fuit ei qui decessit, nec re, nec verbis conjunctus, cur ergo jure accessionis aliquid habet? responde, quia ille cui fuit substitutus conjunctus fuit*) quorum sententia vera est. *L. 39 §. ult. D. de vulg. et pupil. subst.*

» *Casus. Quidam.* Ita dixi in testamento meo: instituo mihi heredes Titium, et Sejum, et ita conjunxi eos re, et verbis, ut Sejo substituo primum. Titio autem nullum substitutum dedi: postea ita dixi: instituo mihi heredes similiter Cajum et Sempronium, et Cajo substituo secundum et Sempronio substituo tertium. Me adhuc vivente decessit dictus Titius, et Sejus: postea ego decessi, et sic partem dicti Seii debet habere primus eidem Seio substitutus. Modo quaeritur ad quem debeat pertinere pars Titii, cui nemo erat substitutus utrum ad dictum primum substitutum Seii, an vero ad Cajum, et Sempronium coheredes dicti Titii? et dicitur quod debeat pertinere ad substitutum Seii, nam Sejus erat conjuctus Titio, ut dictum est; unde sicut partem Seii habet substitutus ejusdem Sei, ita et habere debet partem Titii Sejo conjucti jure accrescendi. *Vivianus.*

6. *Questione.* Dichiarata nulla la istituzione dell'erede in ragione della persona istituita; si rende anche nulla la sostituzione? Paolo decide negativamente.

» Lucius Titius cum haberet filios in potestate uxorem heredem scripsit, et ei substituit (*vulgariter*) filios. Quaesitum est, an istitutio uxoris nullius momenti sit, eo quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Responde: eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo cum iidem substituti proponantur, ex testamento eos he-

redes extitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat; utrum quia ab eo filius exheredatus est, an quia ipse filius substitutus est. *L.* 43. §. 3. *D. de vulgari, et pub. substit.*

Casus. Lucius Titius. Lucius Titius habens duos filios in potestate ex uxore sua Seja, scripsit dictam Sejam sibi heredem, et ei substituit dictos filios suos; et ita praeteriit eos a primo gradu, et a secundo non; quia eos substituit uxori suae, unde quaeritur an institutio uxoris valeat? Et dicitur quod non; et sic dicti filii erunt heredes patris ex testamento; scilicet propter dictam substitutiotionem, quia filii praeteriti a primo gradu, eum solum rumpunt et non sequentes, a quibus non sunt praeteriti; et esset idem, si essent praeteriti a primo gradu, et a secundo exheredati: non enim est differentia utrum filii dicti sint instituti in secundo gradu, an exheredati, cum sint a primo gradu praeteriti; quia semper valet secundus gradus, et non primus. *Vivianus.*

7. *Questione.* Il figlio istituito erede può ritenere la sua legittima, e lasciare il dippiù all' erede sostituito? Alciati che ne tratta la quistione riunisce li diversi pareri, e decide per l' affermativa.

» Frequentior, utiliorque est casus quem Bartolus hic attigit: nunquid filius heres, iustitutus possit legitimam retinere, et reliquum substituto vulgari relinquere? Et concludit posse, quoties filius ipse gravatus a testatore legatis in re propria fuit; nam et videmus idem ex responso Papiniani in patrono esse, quem libertus tali modo gravaverit *L. si libertus patrono §. quid ergo. de bon. lib.* Sed sunt qui hoc non omnino simile esse contendunt, cum plurimae sint inter patroni legitimam, et eam quae filio debetur differentiae; siquidem conditio filio adjecta quatenus legitimam oneraret rejicitur *L. quoniam in prioribus. Cod. de inoffic. testam.* ut merito ejus causa non debeat aditionem detrectare: at si adjecta patrono aliud est: *L. in servitutem §. dabamus. De bon. lib.* necessario enim bonorum adversus tabulas possessio illi petenda est, per quod remedium legitimam duntaxat aufert, firmo in caeteris stante testamento *L. 1. Cod. de bon. posses. contra tab. lib.* Quid ergo censendum? et in primis ex communi sententia constituendum est, filium qui institutus sit, non posse legitimam retinere, et reliquum repudiare, cum enim pro forma testamenti inductum sit, ut filius in aliquo saltem instituatur *L. inter caeter. de lib. et post.* qui a patre institutus est, non potest pro parte duntaxat heres est *L.* 1 *et* 2. *de acquir. her.* Hinc est quod filius sub conditione sibi arbitraria institutus, si ei non paruerit, a legitima quoque excluditur. Unde apparet in ejus arbitrio non esse, ut legitimam habeat, et non parendo conditioni reliquum admittat. Eadem ratione, et illud inductum est, quod potest pater filio instituto vulgariter, etiam legitimae respectu substinere. *L. si posthumus a primo. §. quod vulgo de lib. et posth.* quod utique non esset, si posset filius legitimam habere, et reliquum substituto relinquere. Hincque apparet, formulam illam testamentorum qua jubentur patres filios instituere, ipsorum quoque, testatorum favorem aliquatenus respicere *§. valde. Instit. ex quib. caus. ma.* quia cogentur filii si legitimam nollent, eorum hereditatem adire. Non procedit tam haec conclusio, cum aliter ipsi patri visum est, ut quia contractu aliquo legitimam filiae, vel ejus loco dotem promisisset. Idem si eam quoque titulo filio relinquat, potest enim hoc facere *Auth. novissima. Cod. de inoffic. test.* Unde lex quotam partem bonorum eam esse ait, non autem hereditatis: si tamen velit testari debet pater formam legis servare, filiumque instituere, quod quoquo titulo acceperit filio imputabitur, dum tantum praesenti titulo, vel conditione potestativa relictum sit *L.* 3. *§. si sub. ea condictione de bon. poss. cont. tab.* cui enim sub alia conditione relinquitur, ante eventum conditionis, cum nihil habeat, pro praeterito est *L. si pater Cod. de instit. L. si emancipatus.* 2. *de contra tab. L. ita tamen. §. qui rogatus ad Treb.* licet hodie ea conditio Justiniani lege reijciatur, quod ad legitimam attinet, ut Bartolus respondet: ut autem ego sentio, ea

Justiniani lex intelligenda est praesupposita habilitare, id est, quod testamentum non sit nullum, sed filius vel in numero institutus quod alibi diffusius attigimus. Sed quid in successione ab intestato dicemus, an filius possit contentus esse legitima, et reliquum repudiare? et videretur posse, cum tunc legitima jure institutionis non habeatur: contra *Alexander*, *et alii Alex. L. qui poterat. ad Trebell. et consil.* 75. *in* 1. *dub. Abb. c. Reinaldus in fine de testam.* quos et ego sequor. Nisi enim testator ipse alio titulo dederit, hereditario accipienda est, cum favor sit testatoris, ut heredem habeat. Si tamen pater, instituto filio, praelegaverit ei legitimam, isque portionem hereditariam repudiet, non est dubium, si coheredem habuerit, cujus aditione testamentum sustineatur, legitimam eum habere posse *L. filio. pater. De leg.* 1. Quod si coheres quoque repudiet, re ad casum intestati deducta, satis defendi potest ex verisimili testatoris mente, qui per praelegatum legitimam a reliqua hereditate separavit *L. fin de reb. cor.* posse filium duntaxat habere: quo casu defendi Pontani sententia posset; qua tamen in re amplius deliberandum est. Hincque ad supra scriptam Bartoli quaestionem inferri potest, et in primis affirmandum est, si filius heres institutus sit, non posse eam, ut adjunctum legati in re propria onus evitet, solam legitimam accipere. *L. si libertus patrono in fin.* sed regulae hoc casu standum esse, adeo ut si omissa testamenti causa ab intestato adeat, tanquam fraudem edicto fecerit, conveniri possit, nisi propter tale onus minus legitimam consequeretur: hodie tamen si adjecta onera legitimam diminuerent, ipso jure legis novellae beneficio subducerentur, quod et in potroni legitima servandum est, nec enim in hoc ulla est hodie differentia *§. sed nostra. Instit. de succes. lib.* Quod si substitutum habeat, tunc ex Papiniani responso videtur posse solam legitimam accipere; cujus rei videtur illa ratio, quia patris non interest, qui omnino habiturus est heredem: sed nec substituti quia est, quod ei imputetur, qui contentus fuit adire; cum si non adiisset, coactus fuisset filius, tanquam solus heres, voluntati patris obsequi. Unde cum substitutus consentiat, ratio humanitatis dictat ut praetor id sequatur, substitutumque cogat, ut si possit, servum redimat, nec potest substitutus conqueri, qui alias fuisset sola legitimae acceptatione esclusus *L. post aditam. Cod. h. t.* cum per eam tota hereditas videatur agnosci, etiam si filius repudiare se dixisset, salva legitima. *Alciati Comment. in D. tit. de vulgari, et pupil. substit. n.* 105.

8. *Questione.* L' erede istituito che muore pria di adire l' eredità, trasmette la istituzione al suo erede, oppure ha luogo la sostituzione? in altri termini, il sostituito si preferisce allora all' erede dell' istituito? Duareno sostiene l' affermativa.

» Quaestio est, an heres heredis, ad quem transmissa est hereditas potior sit substituto? Ponamus institutum esse filium a patre, vel matre, nihil refert, ut substitutum esse Titium vulgari modo *si heres non erit.* Postea hunc filium institutum decessisse hereditate non adita. Nepos hereditatem petit, idest, filius heredis instituti, tanquam ad se transmissam. Substitutus quoque eam hereditatem sibi vindicat ex voluntate testatoris, ex substitutione. Quaeritur uter alteri praeferendus sit? Hic est conflictus duarum legum, quae videntur pugnantes esse in hac hypothesi, itaque necesse est ut una alteri cedat. Prior est, quae vult non aditam hereditatem trasmitti ad heredem, id est ad proximum heredem, nempe filium nepotem. Altera lex est: substitutum, mortuo instituto ante aditionem hereditatis admitti ad hereditatem: concurrunt heres heredis, et substitutus. Heres heredis profert priorem legem, quae dicit hereditatem non aditam ad heredem heredis trasmitti. Alter autem profert alteram legem, quae vult substitutum mortuo instituto ante aditionem hereditatis, admitti ad ereditatem: hae leges contrariae non sunt ipso jure. Prior lex substitutum nominatim non excludit. Lex quae ait hereditatem non aditam transmitti ad heredem, non exprimit nominatim, etiam si datus sit substitutus a testatore. Posterior lex etiam nominatim non excludit heredem heredis. Lex quae ait substitutum, mortuo instituto ante aditionem hereditatis, admitti ad hereditatem, non exprimit nominatim e-

tam in quibus casibus hereditas transmittitur. Essent enim contrariae ipso jure; sed contrarietas reperitur in hac specie. Oportet igitur unam cum exceptione alterius intelligere, vel priorem legem quae loquitur de herede heredis, ita intelligere, nisi substitutum habeat; vel posteriorem legem quae loquitur de substituto, ita intelligere, nisi heres transmittat hereditatem ad heredem suum. Quaestio igitur est, uter potior esse debeat, an heres ad quem transmissa est hereditas, an vero substitutus? In hac quaestione mihi videtur probabilior, et verior opinio quae recepta est, scilicet potiorem esse transmissionem substitutione. Inprimis movet me, quod jam saepe a nobis dictum est haec verba in substitutione vulgari *si heres non erit* sic accipienda esse, aut si alium heredem non fecerit *L. si paterfamilias D. de hered. instit. et §. ult. de vulg. subst. in Instit.* Ad excludendum substitutum nihil refert, an heres institutus ipse hereditatem adeat, an vero alius cui per eum hereditas acquiratur. Et exemplum est de servo, et filiofamilias in *d. L. si paterfamilias et d. §. ult:* Ad excludendum substitutum nihil refert an servo acquiratur hereditas, an vero domino per eum acquisita sit. Unde dicendum est idem in hac specie, nihil referre an ei qui institutus est adquisita sit hereditas, an vero heredi ad quem hereditas transit. Praeterea hoc constitutum est a Justiniano, ne cui hoc videatur probabili tantum ratione niti. Est constitutio Justiniani hac de re *Cod. de caduc. toll. §. cum autem ad fin. legis*; Ait ibi Justinianus *cum autem in superiori parte legis etc.* Hoc refertur ad eam partem legis in qua Justinianus de transmissione loquitur cum *§. in novissimo* ubi ait hereditatem non aditam non transferri, nisi in casibus exceptis, de quibus jam diximus. Ibidem sequitur *necesse est etc.* Cur addidisset Justinianus eodem loco *nisi in quibusdam personis etc.* nisi intelligeret has personas excludere substitutum; quia hereditas non trasmittitur, inquit; ideoque si quis heres non adierit hereditatem defertur ad substitutum; quia non trasmittitur nisi quibusdam personis. Igitur hae personae excludunt substitutum. Hoc igitur referendum est ad personas, quas Justinianus excepit in eadem constitutione *§. in novissimo* ibi, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex etc. Theodosii autem est. *L. ult. Cod. de his qui ante apert. tab.* Excipit ergo utrunque casum: excipit personas liberorum: excipit etiam eos qui intra annum deliberandi decedunt; quia Justinianus excipit tantum duo genera transmissionis; et diximus tria esse: potest dubitari, an idem dicendum sit de tertio, quod de transmissione suorum. Excipimus enim transmissionem ob jus suitatis; nam tametsi de ea re sit controversia, tamen idem puto esse dicendum. Eadem enim est ratio. Sed cur Justinianus hunc casum non excepit? non necesse fuit hunc casum tertium excipere, imo ineptum fuisset. Certissimum enim est regulam intelligi de hereditate quae defertur extraneo non suo. Certissimum est aditionem non esse necessariam in suo herede. Sui heredes, ipso jure heredes fiunt. Nullo unquam tempore fuit dubitandum de suis heredibus, quin hereditatem transmitterent; nam ipso jure eis acquiritur hereditas, quamvis beneficium habeant abstinendi. Se de aliis dubitatum fuit, qui non nisi facto suo acquirunt hereditatem; propterea eos casus excipere oportuit, in quibus ad acquisitionem hereditati necessaria non est aditio heredis. Hinc concludemus, cum concurrunt heres heredis, ad quem ex legibus transmittitur hereditas defuncti, et substitutus, potiorem esse causam substituti. *Duareni in tit. de vulgari, et pupil. substit. cap. 10 de effectu substitutionis vulgaris.*

9. *Questione.* Il minore che ripudia l'eredità, e può essere restituito in intero, da'luogo alla sostituzione? Lo stesso Duereno risolve la questione negativamente.

Quid si minor hereditatem sibi delatam repudiaverit, qui potest in integrum restitui, an sit locus substitutioni? quaestio pendet ex interpetratione horum verborum. Certum est minorem qui repudiat hereditatem posse restitui in integrum, ut eam adeat *L. 1. et 2. Cod. si minor ab hered.* Idem dicitur in *L. ult. Cod. de repud. hered.* ubi illud etiam expressum est; de quo olim magna erat quaestio. Etiam si res in eodem statu non sint; tamen propter aetatem mi-

nores possunt restitui, etiam si res forte distractae sint. Obiicitur pro contraria *L. quod si minor* 24 §. *Scaevola D. de minorib.* Sed alias dixi in tractatu de minoribus 25 anu. posteriorem esse costitutionem Justiniani, et derogare juri antiquo: est enim edita post consolatum Lampadii, et Orestis, et propterea in *L. quod si minor.* refert tantum obiter Ulpianus Scaevolae sententiam, non probans eam, sed recitans tantum; unde sequenda est hodie constitutio Justiniani quae posterior est. Ad propositam quaestionem minor repudiavit hereditatem: substitutus eam vindicat. Quaeritur, an recte hereditas delata esse videatur? Videtur substitutio non esse delata: nam institutus potest in integrum restitui, ut adeat hereditatem quam repudiavit. Sed tamen receptum est, et hoc verius est, interim locum esse substitutioni: interim posse substitutum hereditatem adire, tanquam sibi delatam ex testamento, propter omissionem istituti. Et ad id quod obiicitur, potest adire hereditatem, in integrum restitutione impetrata: dicendum est, ejus restitutionis nullam haberi rationem, antequam inpetrata fuerit. Non enim hic spectamus quod contra jus civile evenire potest extraordinario auxilio. Ipso jure hereditas defertur substituto, verum est extraordinario auxilio posse succurri minori qui repudiavit; sed hoc auxilium non spectamus, quamvis evenire possit. Argumentum sumitur ex *L. ergo quandiu* 4. *D. de fideicom. lib.* et ex *tit. de eo cui lib. causa, in Inst.* Si servis relictae sint libertates in testamento, et nemo ex testamento adeat hereditatem, uni ex servis adiicitur libertas bonorum servandorum causa; sed tamen, si certum sit neminem ex testamento heredem fore. Quid ergo si minor institutus sit, qui repudiavit hereditatem, an erit locus huic addictioni bonorum? Et dicitur nihilominus locum esse huic addictioni bonorum. Huc pertinet quod dicitur in *L. ait praetor.* 7. §. *sed quod Papinianus D. de minorib.* Duplex dictum est Papiniani: utrumque tamen videtur ab Ulpiano comprehendi, aut saltem supplet, et explicat vel emendat Ulpianus, quod a Papiniano dictum est: vel supplet, vel emendat, quasi non satis elocutus sit Papinianus. Duo igitur sunt dicta Papiniani. Unum est de minore, qui primum adivit hereditatem: deinde abstinuit hereditate. Alterum est de eo qui non aditam hereditatem repudiavit. De priore tantum dicendum est. Quaestio est hujusmodi. Minor est institutus: substitutus est ei servus *si minor heres non erit*, minor repudiavit hereditatem, deinde restitutus est in integrum. Quaeritur, quid juris? Papinianus ait repudiante minore hereditatem, deferri servo, et libertatem quoque: minore vero postea restituto, et impetrata restitutione, adeunte hereditatem, Papinianus, ait, servum illum qui se immiscuit hereditati, liberum nihilominus manere. Visus est satis non dixisse Papinianus Upiano; nam an heres maneat iste servus, non dixit Papinianus. Sed tamen videtur sensisse heredem non manere; sed heredem potius esse minorem, qui in integrum restitus est, et restitutione impetrata adivit. Libertatis favor exigit, ut liber maneat servus, nec obest hoc minori restituto, qui institutus erat in primo gradu. Sed de quaestione, an maneat heres, videtur Papinianus sensisse, cum dixit, liberum manere eum, heredem non manere: vult tamen Ulpianus vel emendans vel supplens quod defuit in verbis Papiniani eum remanere non tantum liberum, sed etiam heredem, quamvis pupillus utiles actiones habeat heredis loco. Verum est ipso jure heredem esse substitutum per repudiationem, repudiata hereditate ab instituto. Lex vult hereditatem substituto acquiri: ideo ipso jure heres factus est substitutus, minore restituto in integrum: nec desinit heres esse. Praetor non potest facere heredem eum quem restituit in integrum, qui jure civili non est heres, est substitutus ipso jure heres. Habetur quidem minor heredis loco, et ei ut in eum dentur utiles actiones §. *quos autem solus. Instit. de bonor. posses.* Dat ei praetor bonorum possessionem, et unum facit heredis loco. *Duareni in tit. vulg. et pupil. substit. cap.* 10.

» §. 2. Possono sostituirsi nel modo indicato più persone ad una sola, ed una sola a più. *Art.* 937. *L. civ.*

Così Giustiniano.

» Et plures in unius locum possunt sub-

stitui; vel unus (*scilicet substitui potest in locum plurium*) in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui heredes instituti sunt. *Inst. lib.* 2. *tit.* 15 *de Vulgari substit.* §. 1.

Vinnio enumera i modi onde la sostituzione viene ad essere considerata.

» Complures sunt formae substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi heredes instituti. Prior species variatur quatuor modis; nam et singuli singulis, et plures pluribus, et plures uni, et pluribus unus substitui potest. Secundus modus, hoc loco, et apud Marcianum *L. potest* 36. §. 1. *eod.* omissus est, forte de industria, quia eadem illius, quae primi, ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocunque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur: hoc enim perpetuo exigit natura, et ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit: nam qui ita loquitur *Octavius, et Nonius heredes sunto, si non erunt, Decius esto*: is utique aperte significat, se velle institutos, et ambos, et singulos substituto praeferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum heres fuerit; quod ipsum diserte quoque traditum est. *Vinnii Institut. lib.* 2. *tit.* 15. *de Vulgari substit.* §. 1. *Comment.*

Data una reciproca sostituzione, questa si trasmette agli eredi dei sostituiti? Papiniano decide per la negativa.

» Qui plures (*quatuor ad minus*) heredes instituit, ita scripsit: eosque omnes invicem substituo: post aditam a quibusdam ex his hereditatem, uno eorum (*adeuntium*) defunto, si conditio substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit, quoniam invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur. Ubi enim quis heredes instituit, et ita scribit: eosque invicem substituo, ii substituti videbuntur extiterunt (*et nullo mediante*) *L.* 23 *D. de vulg. et pup. subst.*

Casus. Institui mihi heredes Titium, et Sejum, et Cajum, et Sempronium; et ita postea eis dixi: vos omnes invicem substituo: et decessi; et postea hereditatem meam adivit Titius, et Sejus, et postea decessit Titius, et sic portio sua Titii ad heredem suum devenit. Postea Cajus repudiavit partem suam, et ita in parte sua Caii extitit conditio substitutionis; et postea Sempronius adivit pro sua parte, et sic habes quod Titius, Sejus, et Sempronius adiverunt pro suis et partibus, et quod Titius decessit; et ita pars sua adita devenit ad heredem suum, et quod Cajus partem suam repudiavit, et sit in ea locum habuit substitutio: quaeritur, utrum heres Titii praedicti veniat ad substitutionem cum Sejo, et Sempronio? et dicitur quod non: imo soli Sejus, et Sempronius, qui extiterunt mihi heredes nullo mediante. Illi enim qui per se heredes mihi extiterunt soli videntur substituti qualitercunque unus vivus suam portionem amiserit. *Vivianus.*

Secondo il rescritto degl' imperatori Dioclesiano, e Massimiano in luogo, nel proposto caso, il dritto di accrescere a favore dei coeredi sostituiti su la porzione che ripudia il coerede.

» Testamento jure facto, multis institutis heredibus, et invicem substitutis adeuntibus suam portionem etiam invitis, coheredem repudiantium accrescit portio *L.* 6. *cod. de impub. et aliis substit.*

Casus. Si testamentum fecisti, et plures heredes instituisti, et ad invicem substituisti, unus eorum portionem suam repudiaverat, ad eam vocabuntur substituti. »

Cujacio comentando questa legge presenta una differenza che ravvisa tra il dritto di accrescere, e 'l dritto della sostituzione reciproca.

» Lex 6. est etiam de vulgari substitutione, cujus sententiam explicaturi sumus. Si plures sint heredes instituti, et invicem substituti vulgariter, quoniam sunt extranei heredes, portiones eorum, qui non adierunt adeuntibus adcrescunt, etiam invitis ex sententia legis. Obveniunt igitur portiones vacantes iis, qui adierunt magis jure adcrescendi, quam jure substitutionis reciprocae, quae vulgaris esse intelligitur, quia substitutio imitatur jus adcrescendi *L. si quis heres de acquir. her. L. pen. de injusto, rupto, et irr.* Differentia est inter jus adcrescendi, et sub-

stitutionis jus. Nam hereditas ex substitutione defertur tantum volenti non invito. Jus adcrescendi defertur etiam invito *L. uni §. his ita definitis de cad. toll.* Uno tantum casu excepto, quo etiam ex substitutione hereditas defertur invito, videlicet si heres coheredi vulgariter substitutus sit, et unus pro sua parte adierit, alter repudiaverit. Nam portio quae vacat pertinet ad eum qui adiit, sine nova aditione. Denique pars quae omissa substitutione obveniret jure adcrescendi, obvenit invito secundum naturam potius accretionis quam substitutionis, quia ea substitutio, ut ait *d. L. si quis heres* fuit appendix praecedentis institutionis, idest accretio potius, quam substitutio, et remedium inducendi juris adcrescendi contra caduca, contra legem Juliam et Papiam, quae subvertit jus adcrescendi, et impugnat, non substitutionem. Et ita *in princ. tit. de cad. toll.* ait, substitutiones introductas esse, ne hereditates caderent in fiscum, substitutiones heredum scilicet reciprocas, vel omnium heredum factas uni, vel unius factas omnibus, ut in *L. 5. D. de vulg. substit.* ut non absre in *L. miles §. ult. de leg. 2.* dicatur, coheredes esse substitutos: quibus vult invitis obvenire portionem coheredis deficientis. Et non tam jure substitutionis igitur, quam jure, conditioneque adcrescendi. Quod tantum adnotare satis est. *Cujacii Comment. in tit. 26 de impub. lib. 6 codicis ad L. 6.*

Con decisione de' 14 febbrajo 1824 la suprema corte di giustizia consagrò la massima, che per darsi luogo alla tacita reciproca è d'uopo il concorso di due estremi; 1. che la sostituzione sia fatta al tutto; 2. che sia fatta all'ultimo a morire. Quindi laddove la sostituzione è fatta a più estranei simultaneamente istituiti, la generalità si risolve nella sua specialità; e senz' attendere la morte di tutti, il sostituito si ammette alla successione dopo la morte di ciascuno.

» *Fatto.* D. Cristofaro Cortese ebbe tre figli, D. Domenico D. Maria Antonia, e D. Maria Giuseppa. Le due femine rimasero celibi. D. Domenico si unì in matrimonio con D. Carmela Andolfi, da cui ebbe l'unica figlia nominata Giulia. Costei in giugno 1816 fu maritata dal padre, e dalle zie a D. Fortunato Natale, colla dote di duc. 1400.

» I dotanti possedevano due comprensorj di case, uno in Napoli, e l'altro in Casoria. In ordine a questi stabili si disse, che sciolti da' debiti, che vi gravitavano, e soddisfatte le doti, che si dovevano pagare dopo un quinquennio dal matrimonio, andassero essi a beneficio della loro figlia, e nipote D. Maria Giulia Cortese, come unica loro erede dopo la loro morte.

» In novembre di quell'anno 1816 morì D. Mariantonia senza testamento. Nel 1820 trapassò D. Domenico anche intestato. Dopo qualche mese lo seguì la figlia D. Giulia, anche intestata, e senza discendenti.

» D. Carmela Andolfi com' erede della figlia, e per la intermezza persona della medesima com' erede del marito, e della cognata D. Mariantonia, fece intimare precetto agl' inquilini delle riferite due case, acciò la riconoscessero per padrona; e tra gl' intimati vi fu la cognata superstite D. Maria Giuseppa. Costei si oppose assumendo, che premorta la donataria a' donanti, la donazione era risoluta pel patto di non doversi la medesima eseguire, che dopo la morte di tutt' i donanti.

» Il tribunale civile di Napoli con sentenza de' 31 luglio 1822 dichiarò, che tanto la casa strada Giardinetto, che l'altra in Casoria si appartenessero per una metà a favore di D. Carmela Andolfi, e che l'altra metà rimanesse in dominio di D. Maria Giuseppa Cortese. Su gli appelli principale, ed incidente prodotti rispettivamente dalle signore Cortese, ed Andolfi fu l' anzidetta sentenza confermata dalla gran corte civile, con decisione de' 19 dicembre dello stesso anno.

» La signora Cortese domandò l' annullamento di tal decisione per violazione di rito, e di legge. Allegò riguardo al rito, che si erano violati l' ordine de' giudizj, e l'art. 151 e seguenti delle leggi di procedura civile, per essersi dal tribunale civile, e dalla gran corte pronunziato, malgrado che la signora Andolfi non avesse dedotta la sua azione con atto di citazione. Relativamente alla legge dedusse, che avendo la gran corte colla decisione impugnata ammessa la signo-

ra Andolfi al godimento della metà de' suddetti comprensorj di case rimasti liberi per la premorienza di D. Giulia da ogni obbligazione stipulata condizionatamente a di lei favore, aveva violati non solo la *L.* 8 *cod. de condit. et substit*; ma eziandio gli artic. 1121. 1122. e 1134. delle leg. civili.

» Udito il rapporto; ed inteso il pubblico ministero, che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del publico ministero.

» Vista la decisione: visto il ricorso:

» Visto il §. ult. delle istit. *de poena temere litig.* la *L.* 1. *D. de in jus vocando*, e la *L. unica cod. de litis contest.*

» Quantunque generalmente sia vero, che la citazione è parte del giudizio; mentre mai fu permesso di giudicare senza sentire, o citare la parte; sulla stessa regola è vero altresì che anche vi può essere lite, o sentenza senza citazione. Dappoicchè come il giudizio propriamente detto è nella contestazione, quando un terzo si faccia opponente, ne segue, che la contestazione della lite, rimane supplita all' oggetto dalla citazione, ed il giudice regolarmente interpone sua sentenza. Tanto si verificava nell' antica legislazione. E così nell' ordine attuale de' giudizj: quando il terzo interveniente, od opponente, senza che sia citato, si presenta, questi risente gli effetti del giudizio, cui accede.

» Vista la *L.* 8 *de leg.* 2. Vista la *L. ad Senatus cons. treb.* Vist' i capitoli matrimoniali.

» Attesocchè per darsi luogo alla tacita reciproca è d' uopo il concorso di due estremi; che la sostituzione sia fatta al tutto, che sia fatta all' ultimo a morire; quando in somma risulta come necessaria conseguenza delle parole dell' atto. Ed ove la sostituzione è fatta a più estranei simultaneamente istituiti, la generalità si risolve nelle sue specialità; e senz' attendere la morte di tutti, il sostituito si ammette alla morte di ciascuno.

» Dietro coteste premesse la corte suprema osserva, che Giulia Cortese fù chiamata dal padre, e dalle zie alla successione *dopo la loro morte*. La nipote dunque succedette alla zia premorta in esclusione del padre, e dell' altra zia superstite, dacchè non vi erano gl' indicati estremi per ammettersi tra' superstiti la tacita reciproca. Ed è un assurdo dirla vinta dalla stessa zia tuttora superstite nella successione alla eredità del padre.

» Ma oltre a ciò osserva la corte suprema, che non vi è ipotesi, che con più evidenza si trova contraria alla ricorrente, quanto la tacita reciproca, che suppone, per escludere la nipote. Dappoicchè in questo caso il vizio della sostituzione, verificata sotto l' impero del cod. civile ne porterebbe la istituzione; e cessata la istituzione, siccome si darebbe luogo alla successione intestata, D. Maria Giuseppa neppure potrebbe averne più di quello le ne ha dato la gran corte colla decisione impugnata.

» Il ricorso di lei dunque si trova per ogni verso insussistente.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso: libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna la ricorrente alle spese liquidate in ducati quattordici, e grana 79 oltre il costo della spedizione.

« §. 3. Se nella sostituzione è espresso
» il solo caso, che il primo chiamato non
» possa o che non voglia conseguire la ere-
» dità, la donazione, o il legato, l' altro
» caso s' intenderà tacitamente incluso; pur-
» chè il disponente non abbia spiegato il con-
» trario. *Art.* 938 *leg. civ.*

Può valere l' esempio somministrato da Giuliano.

» Si Titius coheredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius; verius puto in utramque partem Sempronium substitutum esse *L.* 27 *D. de vulgari, et pupillari substit.*

Casus. Institui mihi Titium heredem, et Sejum, et Sejo substitui Titium, et praedicto Titio substitui Sempronium; postea antequam Titius adiret hereditatem meam pro sua parte, post mortem meam decessit Sejus antequam partem suam adiret: et ita Titius habere nunc totam hereditatem meam potest: postea decessit Titius antequam adiret; modo quaeritur utrum Sempronius Titio substi-

tutus habeat ex substitutione solam partem Titii, an vero et partem Seii cui fuit Titius substitutus? et dicitur quod utramque. *Vivianus*.

Cujacio nell'analisi di questa legge somministra altri esempj relativi alla specie.

» Haec lex pertinet ad vulgarem substitutionem: ut si quis duos ita instituat: *Primus, et Secundus heredes sunto, si Primus heres non erit, Secundus heres esto*. Secundum substituit coheredi. Secundo alium quendam extraneum. Primo, et Secundo repudiante, Tertius in utramque partem admittitur. Et hoc est, quod dicitur, substitutum substituto videri substitutum iustituto §. *sed instituto de vulg. subst.* ubi etiam hoc sine distinctione constitutum esse ait Justinianus: nam non distinguitur, utrum antequam coheredi substitueretur Secundus, an postea, ei substituerit Tertium, id est, non spectamus ordinem scripturae. Adde non spectari etiam ordinem successionis, scilicet, utrum Secundus primum repudiaverit, an postea, vel contra ut ostenditur in *L. coheredi in princ. h. t.* Idem servatur in substitutione precaria in hoc exemplo. Finge: duos filios heredes pater instituit, eosque invicem per fideicommissum substituit: deinde adjecit; *si uterque sine liberis decesserit, rogo ut hereditas perveniat ad Tertium: quod si Tertius decedat, ei est substitutus Quartus*. Nunc finge: Tertius prior decessit, et ita ad eum nihil pervenit, quare Quarto nihil reliquit. Sed si deinde decesserint filii sine liberis, an Quartus succedet, an vero proximi cognati ab intestato? Et argumento lege 41 dicendum est, Quartum succedere: non ut mortis ordo spectetur. Atque ita Gratianopoli judicatum esse testatur Joannes Paponius libro 3 placitorum. *Cujacii Comment. in tit. 6. de vulg. et pup. subst. ad L. 27*.

Su la specie può considerarsi anche l'altro caso, cioè: istituscio Cajo legatario universale, e s'egli muore prima di me senza figli, io gli sostitui co Pietro. Cajo muore prima di me, e lascia figli: questi ultimi sono considerati volgarmente sostituiti al padre? Scevola sostiene l'affermativa.

» Lucius Titius qui fratrem habebat testamento ita cavit: Titius frater meus ex asse mihi heres esto si mihi Titius heres esse noluerit, aut (quod abominor) prius morietur quam meam hereditatem adierit, aut filium, filiamve ex se natum, natamve non habebit (*etiam hereditate non adita*) tunc Stichus, et Pamphilus servi mei liberi, et heredes mihi aequis partibus sunto; quaero, cum Titius hereditatem adierit, et liberos aditae hereditatis tempore non habuerit; an Stichus et Pamphilus ex substitutione liberi, et heredes esse possint. Item quaero, si ex substitutione, neque liberi, neque heredes esse possint, an in partem hereditatis videantur adjecti? Respondi, apparet quidem non eam mentem testatoris fuisse, ut quenquam heredem (*id est coheredem*) adhiberet fratri, quem aperte ex asse heredem instituisset. Igitur si frater adiit, Stichus, et Pamphilus heredes non erunt: quos eo amplius noluit heredes esse, si frater prius quam hereditatem adiret, decessisset liberis relictis. Nam prudens consilium testantis animadvertitur. Non enim fratrem solum heredem praetulit substitutis, sed et ejus liberos. *L. 85. D. de heredib. instit.*

Casus. Lucius Titius habens fratrem Titium, ita dixit in testamento suo; Titius frater meus mihi ex asse heres esto. Si autem Titius mihi heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius morietur quam meam adierit hereditatem, aut filium, filiamve ex se natum, natamve non habuerit; tunc Stichus, et Pamphilus servi mei sint liberi, et sint mihi heredes aequis partibus; et postea decessit dictus testator; et Titius non habens aliquem filium adivit hereditatem suam: modo quaeritur an dictus Stichus, et Pamphilus sint liberi, et heredes ex substitutione praedicta; et si non sint liberi ex substitutione et heredes, an in partem hereditatis videantur adjecti per dicta testatoris verba? et videtur quod debeant esse liberi, et heredes ex substitutione, quia substituti fuerunt Titio quicunque de tribus casibus eveniret; primus casus est in verbis testatoris, si Titius noluerit heres esse: secundus est, si Titius voluerit heres esse, decesserit tamen antequam adiret: tertius casus est, si Titius voluerit heres esse, filium autem vel filiam non habuerit; licet ergo voluerit heres esse; quia tamen non habet filium vel filiam, non debet habere here-

ditatem, sed debent eam habere Stichus, et Pamphilus substituti? Responde tamen hic quod non erunt heredes, nec liberi ex substitutione, ex quo Titius adivit, licet filium non habuerit vel filiam; quia testator non solum non voluit eos esse heredes, si Titius frater suus vellet hereditatem, non habens aliquem filium; sed etiam noluit esse heredes, si frater decessisset liberis relictis priusquam hereditatem adiret: nam animadvertimus consilium testatoris prudens fuisse, scilicet, ut non solum fratrem hereditatem habere volentem praetulerit dicto Sticho, et Pamphio substitutis, sed etiam liberos Titii: sive ergo Titius solus velit habere hereditatem praefertur substitutis, sive non extet Titius, sed liberi sui extent, et velint habere hereditatem, praeferuntur substitutis. Verbum ergo *aut* positum inter verba testatoris ibi aut filium, filiamve etc. debet intelligi *pro*, ut ita dicti servi videantur substituti Titio in duobus tantum casibus, et non tribus. Unus est, si Titius heres esse noluerit: alius est si Titius voluerit esse heres, decesserit tamen sine liberis antequam adiret: de illo autem non est dubium quod non videntur dicti Stichus et Pamphilus adjecti in partem hereditatis, quia non videtur ea mens testatoris fuisse, ut aliquem, vel aliquos adhiberet fratri heredes, quem fratrem aperte ex asse heredem instituit. *Vivianus*.

Cujacio dimostra che la sostituzione si estingue coll'adizione che fa l'erede della eredità cui è istituito. Quindi gli eredi di costui sono quelli che la legge ammette alla successione legittima, escludendo i sostituiti.

» Quidam testamento ex asse fratrem heredem instituit, eique fecit vulgarem substitutionem in hunc modum: *si frater mihi heres esse noluerit*, idest, si repudiaverit hereditatem meam, *aut si moriatur antequam hereditatem meam adierit*, *aut filium filiamve ex se natum natamve non habuerit*, quod tacite est, *aut etiam si hereditatem adierit, et filium filiamve ex se natum natamve non habuerit, tunc Stichus et Pamphilus servi mei liberi et heredes sunto*. Si hereditatem frater adierit, expirasse videtur substitutio vulgaris *L. 5. Cod. de impub. et aliis subst.* Vulgaris finitur aditione. Si igitur ut dixi, frater hereditatem adierit, expirat substitutio vulgaris servorum, etiamsi aditae hereditatis tempore, ut ait, neque filium neque filiam habuerit. Serva quod ait *aditae hereditatis tempore* dummodo igitur moriens, mortis suae tempore habuerit liberos. Contra, si hereditatem non adierit, et moriens filium aut filiam reliquerit, etiam expirasse videtur substitutio vulgaris; quia filios fratris manifestum est testatorem praetulisse substituti. Excluduntur itaque substituti adita hereditate, si liberos habuerit, quoniam testator non aliter substitutos admitti voluit, quam si utrumque concurreret, si non adiret frater, etsi liberos non haberet. Itaque ut excludantur substituti, si non adierit, necesse est, ut etiam liberos habuerit; si vero adierit non necesse est ut etiam liberos habuerit mortis tempore. Qui autem non admittuntur ut substituti in assem, nec admittuntur in partem et adjecti, ut coheredes; quoniam testator fratrem voluit assem integrum habere. De hisce liberis quaeri solet quos frater reliquit, quo jure heredes sint patrui defuncti. Neque enim ex testamento heredes esse possunt, qui instituti, vel substituti non sunt, sed positi tantum in conditione. Et verius est, eos qui sunt in conditione, non esse in dispositione, id est, in institutione, ut patet ex *L.* 29. *Gallus §. idem credendum. et §. in omnibus de lib. et postum.* Consequens igitur est, eos mortuo patre ante vel post aditam hereditatem patruo heredes esse jure legitimo, id est, ab intestato. Et legitimos igitur in hac specie praeferri testamentariis heredibus, idest, ut *L.* 82. *si quis ita heres h. t.* Et praeferri secundum voluntatem, ut ait, et prudens consilium, patrui, qui non tantum fratrem, sed etiam fratris filios praetulit substitutis, qui omnino voluit, filios fratris praeferri substitutis, etiam in casum aditae hereditatis. Unde cave tamen ne colliges, ut nostri faciunt, directo posse substitui heredi instituto in casum aditae hereditatis, quia nec in eum casum fratri substitutio palam facta proponitur, sed in contrarium casum, nempe, hoc modo si non adierit, aut liberos non habuerit. Et ita haec lex explicanda est. *Cujacii Comment. in lib. 2. respons. Cervidii Scaevolae ad L.* 85. *de hered. inst.*

Dalla suprema corte di giustizia con deci-

sione de' 27 febbrajo 1823 si consagrò il principio, che per ammettersi la tacita reciproca conviene, che la sostituzione non solo sia fatta nel tutto, ma che sia benanche fatta all' ultimo chiamato che resta.

» *Fatto*. Nel 1765 morì D. Lelio Abenante seniore di Rossano, lasciando con suo testamento eredi universali nove suoi figli maschi, cioè D. Barnaba, D. Ottavio, D. Emmanuele, D. Cesare, D. Paolo, D. Giuseppe, D. Antonio, D. Francesco e D. Gaetano nati dalla sua legittima moglie D. Serafina Malena. Nominò costei tutrice; e le concedè il diritto di prescegliere uno tra i suoi figli per casarlo, al quale lasciò due capitali, ciascuno di ducati 3210 e la casa in Rossano. La scelta cadde in persona di D. Emmanuele il quale nel 1778 prese in moglie D. Francesca Giannuzzi de' principi di Cerenzia. Intanto a misura, che i fratelli Abenante divennero maggiori rinunciarono, ad eccezione di D. Gaetano, al primogenito D. Barnaba la rata della successione paterna già devoluta, e delle altre succesioni materne, zierne, fraterne avite, e collaterali devolute, e da devolversi. E siccome D. Giuseppe aveva fatta la sua rinunzia in età maggiore, così divenuto maggiore, la rivocò.

» A contemplazione del suddetto matrimonio l'enunciato D. Barnaba donò a D. Emmanuele ducati 50mila e tutto ciò, che gli potesse spettare a qualunque titolo sulla eredità Abenante.

» Nel 1782 D. Serafina Malena morì senza testamento e D. Francesco Abenante di Corigliano morì nel 1765 e divise la sua eredità in due parti, lasciando eredi usufruttuarj nella prima, in quanto però agli stabili, i figli di D. Lelio Abenante di Rossano, e nell' altra i figli dell' altro cugino D. Orazio Abenante di Corigliano. Dopo la morte di ciascuno di essi volle, che rimanesse sostituito a quei di Rossano il figlio maschio di D. Emmanuele, ed a que' di Corigliano il figlio maschio di D. Scipione. Quindi soggettò la sua eredità ad un perpetuo fedecommesso lineale, al quale chiamò la linea di D. Emmanuele, ed in mancanza la linea di quel fratello, che avesse lasciato figli legittimi. Finalmente ordinò una reciproca tra le linee de' figli de' suoi cugini D. Lelio, e D. Orazio, affinchè i suoi beni fossero in perpetuo posseduti dalla famiglia Abenante.

» D. Barnaba acquistò in seguito due feudi, ed indi nel 1802 morì. Col suo testamento istituì eredi usufruttuarj i suoi fratelli superstiti D. Emmanuele, D. Giuseppe, D. Francesco, e D. Gaetano, e proprietarj i figli maschi di D. Emmanuele; ordinò, che a misura, che cessasse di vivere ciascuno degli eredi usufruttuarj, la sua rata di usufrutto si consolidasse alla proprietà nelle mani degli eredi proprietarj. Prelegò poi a favore di D. Lelio primogenito di D. Emmanuele l'usufrutto del feudo di S. Maurello, ducati 50mila a favore di D. Emmanuele, quegli stessi assegnatagli nel 1778; e ducati 5mila a favore di D. Gaetano. Finalmente nel codicillo formò de' due feudi da lui acquistati, detti Monastarace, e S. Maurello un fedecommesso primogeniale, al quale chiamò D. Lelio, figlio primogenito di D. Emmanuele, ed i di lui figli, e discendenti maschi primogeniti in infinito. Istituì poi un fedecommesso universale su' beni burgensatici, al quale invitò tutt' i figli di D. Emmanuele, non escluso il primogenito. I suddetti due fedecommessi furono formati mascolini saltuarj, giacchè furono invitati a goderli, nel casocchè mancasse la linea del godente, tutte le linee de' fratelli coll' ordine seguente, cioè, che mancando la linea di D. Emmanuele, subentrasse quella di D. Gaetano, quindi quella di D. Giuseppe, finalmente quella di D. Francesco.

» Morto il barone Barnaba i fratelli ottennero dalla gran corte della Vicaria il preambolo, con cui D. Emmanuele si pose in possesso di tutt' i beni del defunto, e ne tenne l'amministrazione fino al 1804; allorchè morì D. Lelio juniore. Nel 1810 morì D. Giuseppe senza testamento.

» Nel dì 3 marzo 1812 D. Francesco Abenante domandò nel tribunale civile di Napoli la terza parte dei beni ereditarj del fu D. Francesco di Corigliano in piena proprietà la terza parte de' beni rimasti dal fu D. Barnaba, e la terza parte de' beni ereditarj del fratello D. Giuseppe.

» D. Gaetano altronde domandò di percepire la metà di tutta l'eredità rimasta da D.

Barnaba, di percepire sù l'altra metà il legato di ducati 50mila, e la terza parte dell' eredità di D. Giuseppe. Chiese inoltre un' amministratore giudiziario, innanzi al quale dovesse D. Emmanuele dar conto dell'amministrazione tenuta.

» Finalmente D. Emmanuele domandò 1.° Di percepire dall'intera massa de'beni ducati 4mila dotali di sua moglie cogl' interessi legali dal dì della morte di D. Barnaba: 2.° I prelegati ordinati a suo favore da D. Lelio seniore, cioè due capitali di duc. 3210 l' uno, e la casa in Rossano: 3.° Di farsi una sola massa di tutt' i beni siti in Rossano, e dividersi per metà, da spettare una a lui, e l'altra a D. Barnaba: 4.° Di percepire dall' eredità di D. Barnaba ducati 50mila in forza del testamento: 5.° Il feudo di S. Maurello prelegato a D. Lelio suo figlio: 6.° L'intera proprietà dell' eredità di D. Barnaba, sei once di usufrutto, tre per diritto proprio, e tre perchè consolidato colla proprietà per la morte del fu D. Giuseppe, ed assegnarsi le altre sei, tre a D. Gaetano, e tre a D. Francesco: 7.° Il credito liquidato nell' istromento del 1804 di ducati 36, 639 8.° Di ridursi *ad jus, et justitiam*, per le sciagure delle Calabrie provvenienti da forza maggiore, e straordinaria, gli assegnamenti convenuti col detto istromento ai secondogeniti: 9.° Che D. Gaetano, e D. Francesco dassero conto dell' esazioni loro affidate in ducati 371, 597, 88; e del valore dei generi loro consegnati in ducati 25564, 73: 10. Che i suddetti fratelli dassero conto delle mobilia, oro, argento, gioje, danaro contante, cavalli, carozze, ed altro, da essi occupato alla morte di D. Barnaba perchè si trovarono nella casa del defunto: Finalmente domandò il prelegato del feudo di Monastarace lasciato da D. Barnaba nel suo codicillo a favore del suo figlio D. Lelio.

» Pendente il giudizio morì D. Emmanuele nel dì 23 ottobre 1813 lasciando tre figlie D. Rosa in età minore, D. Serafina maritata con D. Nicola di Falco, e D. Nicoletta con Fabio Martucci. Costoro proseguirono il giudizio intentato dal genitore.

» Il tribunale civile di Napoli nel dì 26 aprile 1815 pronunziò sulle anzidette controversie, e quindi fu portata la causa all'esame della gran corte civile.

» Questa con decisione de' 20 aprile 1818 in primo luogo ammise D. Gaetano alla successione del fratello D. Paolo, ma in ciò, che non era compreso nella rinuncia fatta al fratello D. Barnaba, e nella sola sesta parte.

» 2. Ammise il medesimo alla successione del fratello D. Lelio seniore nella nona parte.

» 3. Dichiarò appartenere una sesta parte per ciascuno ai fratelli D. Francesco e D. Gaetano su' beni di D. Francesco, e D. Gaetano su' beni di D. Francesco di Corigliano soggetti a fedecommesso, e ciò per effetto della legge del 1807.

» 4. Dichiarò che su' beni di D. Barnaba, D. Francesco, e D. Gaetano non avevano diritto, che al solo usufrutto della quarta parte, escluso il feudo S. Mauriello, di spettanza degli eredi di D. Emmanuele.

» 5. Dichiarò appartenere agli eredi di D. Emmanuele le quote del fedecommesso di D. Francesco di Corigliano, spettante a D. Ottavio, D. Barnaba, ed allo stesso D. Emmanuele.

» 6. Dichiarò svanito ogni diritto, che mai potessero avere i figli di D. Gaetano, e ciò per la legge del 1807.

» 7. Dichiarò, che la rinuncia fatta da D. Giuseppe a D. Barnaba in età minore, e rivocata divenuto maggiore, non potea ostargli, e per conseguenza detta sua eredità dovesse dividersi ai tre fratelli D. Emmanuele, D. Francesco, e D. Gaetano.

» 8. Rinviò le parti al tribunale per la formazione delle quote, ed altro, e specialmente per la distinzione de' beni appartenenti all' eredità di D. Barnaba, ed a quella di D. Emmanuele.

» 9. Dichiarò doversi a D. Gaetano i frutti delle quote a lui spettanti sull'eredità di D. Lelio seniore, di D. Paolo, di D. Francesco di Corigliano, e di D. Giuseppe; e la quarta parte dell' usufrutto dell' eredità di D. Barnaba, come anche dichiarò doversi a D. Francesco i frutti delle quote a lui spettanti dell' eredità di D. Giuseppe, e di D. Francesco di Corigliano, e la quarta parte dell' usufrutto dell' eredità di D. Barnaba imputandosi tutto ciò ch' essi D. Gaetano, e D. France-

sco ricevettero coll'istromento dell'1804. Ben vero dichiarò, che gli stessi D. Francesco, e D. Gaetano non avessero che pretendere per le loro quote di usufrutto sull'eredità di D. Barnaba dal dì della di costui morte fino al detto stromento del 1804 perchè transatte col medesimo.

» 10. Rigettò la domanda di D. Gaetano per la comunione, e per la società con D. Barnaba, e dichiarò di doverglisi solo il legato di ducati 5000 e gl'interessi al 5 per 100 dalla morte di D. Barnaba sino alla soddisfazione.

» 11. Dichiarò non esservi luogo a deliberare sulla prelevazione domandata da D. Gaetano per debiti di D. Barnaba da lui estinti.

» 12. Che gli eredi di D. Emmanuele fussero tenuti ad esibire lo stralcio del negoziato di Rossano, ed a render conto nel tribunale civile della esazione fatta da esso D. Emmanuele a norma del contratto del 1804.

» 13. Dichiarò di non esservi luogo a deliberare, nè sulla prelevazione del credito di D. Emmanuele in ducati 36mila, e loro interessi, nè dell'allegata soddisfazione, rimettendo tutto al tribunale civile.

» 14. Fece salvi i diritti di D. Francesco e di D. Giuseppe, da sperimentarli nel tribunale civile per la conservazione, ed integrità delle quote rispettive di proprietà, ed usufrutto loro attribuiti a' termini de' precedenti capi.

» 15. Dichiarò competere agli eredi di D. Emmanuele la donazione di ducati 50mila; ma che però pendente il giudizio di falso dell'istromento del 1779 non potessero gli eredi suddetti domandare detta somma, nè li ducati 4000 dote di D. Serafina moglie di D. Lelio siniore, se non terminato detto giudizio.

» 16. Finalmente si riservò di procedere sulla quota spettante a D. Gaetano sulla eredità della genitrice D. Serafina, tosto che fosse da' medesimi dimostrato il numero de' figli superstiti nel tempo della di lei morte.

» I signori D. Francesco, e D. Gaetano Abenante impugnarono tal decisione con ricorso nella corte suprema di giustizia. Essi dedussero 1.° Che la gran corte non avea rispettato come leggi le disposizioni testamentarie di D. Francesco, e di D. Barnaba Abenante: 2.° Che si era male applicata la legge degli 11 marzo 1807, quella de' 2 ottobre 1808, e le regole stabilite nel codice civile sulla materia: 3.° Che, avendo la gran corte civile trasmessa l'eredità di D. Barnaba a D. Emmanuele, mentre non era stata adita da D. Lelio il giovane, aveva violati i paragrafi 2.3.5. e 6. *inst. de hered. qualit. et differ.* 4.° Finalmente, che la stessa gran corte avea violata la *L.* 1. §. 4. *D. de usufructu accrescendo*, per non aver ammesso il diritto di accrescere tra i fratelli Abenante riguardandoli eredi usufruttuarj.

» Gli stessi signori Abenante con altro atto aggiunsero 26 altri mezzi per annullamento. Con alcuni di essi fu dedotto di essersi dalla gran corte snaturat' i fatti dimostranti nella persona di D. Emmanuele l'amministratore de' proprj diritti trasmisibili a' suoi eredi in generale; e di esservi contraddizione nella decisione impugnata sul punto di adizione. Cogli altri si sono allegate le violazioni di molte antiche leggi relative alle quistioni in esame.

» Udito il rapporto: intesi gli avvocati D. Michele Agresti pei ricorrenti, e D. Gaspare Capone pei convenuti; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Vista la decisione; visto il ricorso.

Per ciò che appartiene alla tacita reciproca supposta nel testamento di Francesco Abenante di Corigliano.

» Vista la *L.* 78 §. *filiam la L.* 46. *Sejus ad S. C. Trebelli.*

» Attesocchè sui dettami delle leggi citate per darsi luogo alla tacita reciproca, è d'uopo, che la sostituzione non solo sia fatta nel tutto, ma che sia fatta all'ultimo a morire. Ond'è che qualora il sostituito sia chiamato dopo la morte degl'instituiti *post mortem vestrum* non si è al caso della reciproca; ma la parte di colui, che muore *post agnitam hereditatem defuncti* è subito dovuta al sostituito, senz'attendere la morte di tutti gli altri instituiti.

» Nel caso in quistione non solo mancano

gli estremi a supporre la reciproca, ma il testatore non solo chiamò il sostituito alla morte degl' instituiti, ma soggiunse *e di ciascuno di loro*; vale a dire che lungi di esservi espressioni indicanti *copulativa* si trova la *discretiva* espressa nella lettera del testamento. Per cui la gran corte non potea non escludere la idea della voluta tacita reciproca.

In ordine alla qualità di usufrutto, e diritto di accrescere pel testamento, e codicillo di Barnaba.

» Attesocchè il testamento di Barnaba Abenante, ugualmente che il codicillo presentano la istituzione simultanea degli eredi nell' usufrutto, e degli eredi nella proprietà colla legge che alla morte di ciascuno degli usufruttuarj la porzione vacante si consolidasse alla proprietà col vincolo di fedecommesso: su cotesti estremi ove la gran corte civile escludendo l'assunto di Gaetano, e Francesco Abenante sul diritto di accrescere, seguì l'aperta, e letterale intelligenza del testamento; ed ove non ammise la idea di essere eredi pieni col peso del fedecommesso, rispettò la volontà del testatore, come la regola, che dato un coerede nella proprietà, l'usufrutto sia indubitatamente formale, e non casuale.

» Attesocchè i motivi della decisione sono ricevuti dalla lettera nommeno, che dalla interpetrazione del testamento, e codicillo: interpetrazione sottratta dalla censura della corte suprema, dacchè la quistione sulla ultima volontà de' defunti è rimessa al calcolo, ed alla saviezza del giudice del merito, che lo vede col lume della legge.

Per ciò che riguarda l'adizione, e trasmissione dell' eredità.

» Vista la *L.* 20. *Cod. de jure delib*, e la *L.* 1. *de adquirenda, et amitt. hered.* e la *L.* 20. *Cod. eod.*

» Considerando, che dal complesso de' fatti avvenuti tra' fratelli Abenante dopo la morte di Barnaba, la gran corte si convinse, che non solo fu da medesimi adita l'eredità del defunto, ma che Emmanuele, anche per disposizione de' fratelli, l' adì pel figlio, come espressamente pe' beni addetti alla primogenitura implicitamente per tutti gli altri onnossi al fedecommesso dividuo per la massima, che *una parte agnita altera quoque agnita intelligitur*, per cui non vi sarebbe luogo a farne questione nella corte suprema.

» Ma oltracciò, vista la *L.* 19. *cod. de jure deliberandi*, la corte suprema osserva, che avendo i fratelli Abenante coll' istromento del 1804 preso tempo a deliberare nè rispettivi interessi, dacchè il giovane Lelio erede nella proprietà morì nell' anno, e prima del decorrimento del periodo fissato da' coeredi a deliberare; ancorchè non vi fosse stata l' adizione, che la gran corte vi riconobbe, ne avrebbe trasmesso il dritto a di lui eredi.

Per lo feudo di S. Mauriello.

» Considerando, che avendo Barnaba col di lui testamento sottratto dall' usufrutto de' suoi beni rimasto al di lui fratello il feudo di S. Mauriello, che in piena proprietà legò al giovane Lelio col vincolo di primogenitura, non può dirsi tolto cotesto beneficio, dacchè unì poi col codicillo alla primogenitura istessa l'altro feudo Monstarace, e perchè ciò non riviene dalle parole del testamento, e perchè sarebbe in opposizione alla volontà del defunto diminuire il beneficio a colui che fu generalmente il prediletto della famiglia, onde giustamente la gran corte escluse pure cotesta dimanda avvanzata da' secondogeniti.

In ordine alla trasmissione de' beni pervenuti a Lelio.

» Vista la *L.* 36. §. *de condict. et demonst.*.

» Attesocchè l' erede succede *in universum jus et causam defuncti*, e possiede i beni cogli stessi obblighi, e colle medesime condizioni, che il defunto stesso.

» La corte suprema in conseguenza osserva che ove l' erede incaricato a restituire sotto condizione, venga a morire prima, che la condizione si verifichi, la roba soggetta passa colla generalità de' beni all' erede del gravato per renderli all' avveramento della condizione.

» Considera nel tempo stesso, che come il difetto della condizione a restituire libera la roba in mano del gravato, così diviene libera presso dell' erede, che nell' aspettativa la tenga, e la condizione manchi.

» Da qui è che trovandosi in mano di Emmanuele nell' epoca in cui furono pubblicate le leggi eversive de' fedecommessi, le

robe già soggette alla sostituzione di Francesco, e Barnaba Abenante, fu la gran corte consentanea ai cennati teoremi legali, ove le dichiarò di assoluto di lui dominio. A ciò si aggiugne, che alla morte di Lelio, ed al tempo della pubblicazione delle indicate leggi eversive, Emmanuele era il capo della famiglia prima contemplata, ed il più prossimo al graduato, nè vi era tra le altre linee invitate persona, che avesse potuto contenderli i beni posseduti dal figlio, così giustamente nelle mani di lui ne fu conservato il possesso, e garantito il dominio.

Per ciò che appartiene al credito de' ducati 50 mila.

» Attesocchè il dritto di Emmanuele su i ducati 50 mila poggia non solo all' istromento di donazione fattagli nel 1758 ma al testamento dell'istesso D. Barnaba donante, che glie li prelegò; ond'è che come con cotesto atto gli si diede dritto di prelevare la somma donata, ogni dubbio, che potea sorgere da un susseguente alberano di potere o no chiedere la intiera somma dal donante, o ducati 30 mila dal medesimo, e ducati 20 mila dalla madre, scomparve ove all' azione nascente dalla donazione, si unì l'altra, anche più piena, che riviene dal testamento.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema in continuazione dell' udienza de' 20 corrente, rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna i ricorrenti alle spese.

» §. 4. I sostituiti dovranno adempire i
» pesi imposti a coloro a' quali sono sostitui-
» ti; purchè non apparisca la volontà del te-
» statore di avere inteso limitare quei pesi
» alla persona de' primi.

» Nondimeno le condizioni prescritte alla
» istituzione, alla donazione, o al legato,
» non si presumeranno ripetite nella sostitu-
» zione se non che quando ciò sia stato es-
» pressamente dichiarato. *Art.* 939. *Leg. civ.*

In riguardo ai pesi da adempirsi dai sostituiti, Scevola ci presenta il caso di un erede istituito in una parte dell'eredità coll'obbligo di adempiere i legati, ed a cui venga sostituito un estraneo; che poi succede alla metà della eredità medesima: egli dice, che il sostituito dee regolare la soddisfazione dei legati non in ragione della parte della eredità avuta dall' istituito, ma in ragione della metà che il sostituito percepisce.

» Si filius ex uncia heres institutus sit, et ab eo legata data sint, habeat et substitutum: deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem substitutus ejus; utrum ex uncia legata praestet, an vero ex semisse? et verius est ex semisse: sed ex uncia: omnibus ex reliquis (*scil. quinque unciis*) liberis et parentibus. Contra quoque, si ex dodrante institutus (*scil. impubes a patre, cui est pupillariter substitutus datus*) commisso edicto semissem acceperit bonorum possessionem; ex semisse tantum legata substitutus debebit. Quomodo enim augeatur ubi amplius est in bonorum possessione; sic et ubi minus est deducitur *L. ult. D. de legatis* 3.

Casus. Titium filium meum impuberem instituì mihi heredem in una uncia, et ei pupillariter substitui Sejum extraneum; et a dicto meo filio reliqui legata quibusdam, quae quidem videntur repetita tacite a dicto suo substituto, et alium filium meum emancipatum praeterii; qui emancipatus vocabatur Cajus, et quendam extraneum nomine Sempronium instituì mihi heredem in undecim unciis: unde per praedicta apparet commissum esse edictum de contra tabulas per filium meum praedictum emancipatum praeteritum, et taliter commissum dictum edictum, quod non solum ipse emancipatus, sed etiam frater suus impubes, et heres in uncia institutus potest petere bonorum possessionem contra tabulas meas. Petiit ergo filius impubes bonorum possessionem contra tabulas, et ita factum est, quod dictus extraneus in undecim unciis institutus est ab hereditate mea exclusus, et impubes, et frater suus praedictus diviserunt hereditatem meam per medium inter se. Postea decessit impubes in pupillari aetate, et ita medietas hereditatis meae pervenit ad substitutum impuberis, idest ad Sejum praedictum: certe substitutus praedictus tenetur praestare legata ab impubere relicta, non pro una uncia tantum in qua fuit institutus impubes, sed etiam pro medietate hereditatis quam habebat ex persona impuberis mediante beneficio bonorum possessionis contra ta-

bulas, scilicet illis legatariis, qui sunt de liberis, vel parentibus mei testatoris etc. sed reliquis legatariis praestabit legata habito respectu ad unciam tantum in qua impubes institutus fuit. Sed retento eodem casu pone impuberem a me institutum in novem unciis, et dictum extraneum institutum in tribus unciis, et commisso edicto per dictum fratrem impuberis emancipatum, et a me praeteritum accepisse dictum impuberem sex uncias tantum per bonorum possessionem contra tabulas, et ita minus quam prius haberet. Certe substitutus praedictus impuberis non praestabit legata aliquibus, nisi habito respectu ad sex uncias tantum; et non ad novem, in quibus fuit impubes institutus. Sicut enim dictum est augeri legata a substituto praestanda in primo casu hujus §. ex eo quod per bonorum possessionem contra tabulas plus accepit impubes, quam fuerit illud in quo fuit institutus; sic et ubi unus accepit per bonorum possessionem contra tabulas, quam fuerit illud in quo fuit institutus, ut dictum est in secundo casu hujus §. debent minui legata *Vivianus.*

In riguardo poi alla condizione apposta nella istituzione da non aversi per ripetita nella sostituzione, abbiamo un identico responso di Cajo.

» Sub conditione herede instituto, si substituamus; nisi eandem conditionem repetamus pure, eum heredem substituere intelligemur. *L. 73. D. de heredib. instituendis.*

Casus. Intitui mihi heredem Titium sub conditione, si navis ex Asia venerit intra annum, et substitui ei Sejum, et decessi. Postea transivit annus, et non venit navis, et sic defecit conditio, et vivit adhuc Titius institutus, certe erit heres pure substitutus praedictus; quia in substitutione sua non repeti conditionem. *Vivianus.*

» §. 5. Se tra più coeredi, donatarj o legatarj a parti disuguali, sarà ordinata una » sostituzione volgare reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presumerà ripetita anche nella sostituzione. Se poi nella sostituzione insieme co' primi nominati è chiamata qualunque altra persona, la parte vacante apparterrà a tutti i sostituiti egualmente. *Art. 940. Leg. civ.*

La massima è dettata da Giustiniano.

» Si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit, et nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in restitutione partes dedisse, quas in institutione expressit. *Instit. lib. 2. tit. 15. §. 2. de Vulgari substitutione.*

Casus. Quidam fecit testamentum et in testamento suo instituit tres heredes ex disparibus partibus; puta Petrum in sex uncias, Mevium in quatuor, Titium in duas; et postea adjecit; vos invicem substituo; et nullas partes in substitutione expressit. Mortuo testatore Petrus in sex uncias institutus ante quam adiret decessit; et forte unus portionem repudiavit: modo quaero in quas portiones substituti Petri debeant succedere? Ad hoc respondeo. Amice, si ex disparibus partibus heredes institutos testator invicem substituerit, et nullam mentionem partium in substitutione fecerit, easdem partes videtur in substituto dedisse, quas in institutione expressit, et ita divus Pius rescripsit; unde dico tibi quod in casu proposito Mevius institutus in quatuor uncias, quotuor uncias ex substitutione habebit, et Titius institutus in duas, ex substitutione ad duas similiter vocabitur. Eodem enim modo, quo eos testator dilexit in institutione, videtur eos in substitutione dilexisse » *Accursius.*

Ulpiano indica poi il modo di questa ripartizione.

» Si plures sint instituti ex diversis partibus, et omnes invicem substituti; plerumque credendum est ex eisdem partibus substitutos, ex quibus instituti sint. Ut si forte unus ex uncia, secundus ex octo, tertius ex quadrante sit institutus, repudiante tertio in novem (*videbatur institutum in uncia habere duodecimam trium unciarum: et ita institutum ex octo debere habere octo de tribus in duodecim divisis, et sic remanent tres unciolae vacantes: ne ergo istud contingat, ita fit computatio*) partes dividatur quadrans, feratque octo partes qui ex besse institutus fuerit, unam partem qui ex uncia scriptus est; nisi alia forte mens fuerit testatoris: quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum. *L. 2. D. de vulgari, et pupillari substit.*

Casus. Institui mihi heredem Titium in una uncia, et Sejum in octo unciis, et Cajum in tribus unciis, et eos invicem substitui, et postea decessi; et postea Cajus repudiavit suas tres uncias, certe dictae tres unciae debent dividi inter Titium et Sejum, ita quod fiant inde novem partes; et de his novem partibus trium unciarum debet habere octo partes Sejus in octo unciis institutus, et unam Titius ex uncia institutus, nisi evidenter appareat aliam fuisse meam testatoris voluntatem; quia tunc mea voluntas servaretur. *Vivianus.*

La già nostra corte di cassazione con decisione de' 5 luglio 1815 definì, che la reciproca sostituzione di due cousufruttuarj è da dichiararsi volgare, e sorrogatoria; mentre la parte mancante dell'usufrutto viene di dritto accresciuta al sopravveniente.

» *Fatto.* Con istromento del dì 3 ottobre 1767 i sacerdoti quondam Domenico e Gaetano di Lucia asserirono di avere, tenere, e possedere, come veri signori, e padroni in comune, e *pro indiviso* taluni fondi, capitali, e censi, parte ereditarj del di loro padre Carlo, e parte a titolo di compra fattane insiem col di loro fratello Bartolomeo, non che con Gennaro di Lucia figlio di esso Bartolomeo. Asserirono ancora, che per affetto verso detto Gennaro, e per poter il medesimo contrarre un vantaggioso, e decoroso matrimonio aveano determinato di voler donare irrevocabilmente tra' vivi ad esso Gennaro, ed a' suoi figli nascituri maschi solamente, colla facoltà di poter gratificare più uno di un' altro, i suddetti beni, censi, e capitali franchi, e liberi da ogni peso, ed ipoteca, meno che delle doti di Veneranda Magnotti moglie di detto Bartolomeo, e de' patrimonj sacri di essi donanti, non che di Andrea, e Salvatore di Lucia. Dichiararono, che ne' detti beni, censi, e capitali vi eran compresi i beni ereditarj di Carlo di Lucia loro padre, e del detto Bartolomeo, non che quei, che lo stesso Bartolomeo comprati avea. Vollero, che tanto la proprietà, quanto l' usufrutto di detti beni da allora in avanti, ed in perpetuo, fossero passati in pieno dominio, e possesso del detto Gennaro, e de' suoi figli nascituri, maschi solamente.

» Bartolomeo figlio di Carlo col suo testamento del 1759 istituì eredi in parti uguali i tre suoi figli Gennaro, Andrea, e Salvatore con reciproca sostituzione tra di loro, morendo senza figli, e colla sola facoltà di poter disporre di ducati 200.

» Gennaro a contemplazione del matrimonio, che l' unico suo figlio maschio Bartolomeo juniore andava a contrarre colla signora Nicoletta Pecchia, con istromento de' 26 giugno 1793, gli promise lire 35200 nel seguente modo, cioè in proprietà, ed in usufrutto il territorio denomiato *Chianajello* da servirgli per vestirsi, ed un comodo mantenimento, per quel tempo, che fosse con lui convissuto: nel caso di separazione gli promise l' abitazione in un quartino del suo palazzo; e gli promise ancora in proprietà, ed usofrutto gli altri due suoi territorj denominanti *Ajello*, e *Zambrognano*, da dover esso Bartolomeo entrare in possesso di questi due territorj nel novembre di quell' anno, in cui si fosse diviso: e non bastando i detti tre territorj a fare il pieno di dette lire 35200 avesse dovuto, seguita la morte di esso Gennaro, farsegli assegnamento del mancante sopra altri beni stabili; fu dichiarato, che in detto assegnamento di lire 35200 era compresa la chiamata fatta in beneficio de' figli di esso Gennaro colla donazione dei quondam Gaetano, e Domenico di Lucia suoi zii, di tal che Bartolomeo non avesse potuto pretendere cosa veruna per effetto di tal donazione.

» Bartolomeo si divise da Gennaro suo padre. Fu tra' medesimi ne' 4 ottobre 1801 stipulato istromento di quietanza. Gennaro assegnò i due territorj *Ajello*, e *Zamprognano*, che uniti all'altro detto *Chianajello* furono di accordo valutati, ed assegnati per lo prezzo di lire 28600. Per le rimanenti lire 6600 a saldo delle lire 35200 fu detto, che datí si sarebbero ad esso Bartolomeo dagli eredi usufruttuarj di Gennaro suo padre. Dichiarò Bartolomeo, che altro dopo la morte del padre non restava a conseguire, se non le dette lire 6600; le doti della di lei madre, e 'l supplimento della legittima, qualora fosse dovuto, senzacchè nè per l' assegnamento, nè per qualunque altra ragione, o promessa avesse avuto altro che pretendere.

» Promosso nel 1791, Andrea di Lucia al

Vescovato di Calvi furono presi a mutuo dal Monte Barra lire 8800; e nell' istromento del mutuo, in cui intervenne esso Andrea, tanto nel proprio nome, che qual messo, ed internuncio di Domenico, Salvatore, Gennaro, e Bartolomeo juniore, e che venne indi da costoro ratificato, fu asserito, che possedevano, come veri signori, e padroni, ed essi Gennaro, e Bartolomeo anche quali donatarj di Gaetano, e Domenico, diversi beni in detto istromento indicati, e tra questi taluni acquistati a nome solo di detto Gennaro.

» Nell'anno 1800. Gennaro di Lucia scrisse il suo testamento, che fu aperto nell'anno 1811 in cui avvenne la di lui morte.

» Istituì erede nella legittima solamente l' unico maschio Bartolomeo, e volle, che nella stessa vi fossero state comprese le lire 35200 della donazione fattagli a contemplazione del matrimonio colla signora Pecchia, nella qual donazione erano state comprese tutte le azioni dello stesso Bartolomeo per la chiamata in suo beneficio fatta da Gaetano, e Domenico suoi prozii.

» Istituì i suoi fratelli Andrea vescovo di Calvi, e Salvatore vescovo di Carinola eredi proprietarj, ed usufruttuarj di tutta la biancheria, letti, argento, ed oro lavorato, gioje, rame, danaro contante, e di tutto il mobile, che in tempo di sua morte si sarebbe trovato nella sua casa palaziata sita in Mugnano, come ancora di tutte l' esazioni apodissarie, canoni maturati, e non esatti, e di tutto quello, che i suoi parsonali, ed inquilini trovati si fossero debitori, non che di tutto il vino riposto nella sua cantina, de' cavalli, e carrozze.

» Legò a beneficio di detti vescovi, vita loro durante, l' abitazione nella detta casa palaziata con tutti li comodi di giardino, ed altro, dando loro la facoltà, e libertà di fare nella stessa quelle migliorazioni, decorazioni, e comodi che più fossero loro piaciuti, senza l'obbligo di richiedere consenso da alcuno, nè anche dagli eredi proprietarj chiunque fossero.

» Volle, ed ordinò, che i detti suoi fratelli, co' quali avea vissuto in comune, ed indiviso fossero stati, loro vita durante eredi usufruttuarj della porzione dell'asse a se spettante, e della intera sua eredità, colla facoltà di avvalersi sulla eredità medesima di lire 4400 per ciascuno, e non trovandosene avvaluti in tempo delle loro morti, restare a beneficio degli eredi proprietarj.

» Istituì suoi eredi universali, e particolari nella proprietà, ed usufrutto di tutt' i fondi stabili, casamenti capitali, censi, e qualsivogliano successioni, ragioni, ed azioni, Gaetano di Lucia suo nipote, e tutti gli altri di costui fratelli maschi, che fossero nati da Bartolomeo suo figlio, quando però esso Gaetano, e ciascuno de' suoi fratelli avessero oltrepassato l'anno vigesimoquarto di loro rispettiva età, e fosse stato ognuno di essi dottorato in legge, o medicina, sacerdote, o uffiziale di truppa viva, con dover tutti partecipare egualmente della eredità, e colla vicendevole sostituzione fra loro; di tal che colui, che non avesse avuto figli legittimi, non avesse potuto avvalersi in vita, o in morte, che di sole lire 880 *pro una vice*, e tutto il dippiù avesse dovuto andare in beneficio di colui, che avesse avuto figli legittimi, e naturali, o fosse stato l' ultimo moriente.

» Ciò non ostante volle esso testatore Gennaro, che a detti vescovi suoi fratelli, ed eredi usufruttuarj fossse rimasta la piena facoltà, ed autorità di considerare più uno, che un' altro de' suoi nipoti nel ripartimento della di lui eredità, regolandosi col di loro discernimento, e prudenza essendo essi viventi.

» E nel caso, che l' anzidetto Gaetano erede istituito, e gli altri di costui fratelli non avessero adempito a tutte le condizioni suddette, colui, o coloro che avessero mancato di adempierle fossero stati esclusi dalla eredità, la quale dopo la morte de' vescovi eredi usufruttuarj, avesse dovuto passare all'altro erede nel modo, come appresso.

» Nel caso di tale inadempimento, o che Gaetano, e suoi fratelli fossero trapassati prima dell' età degli anni 24, in tal caso istituì suoi eredi universali, e particolari le figlie femmine nate, e nasciture dal predetto Bartolomeo suo figlio, colla condizione di non poter adire l' eredità prima di aver compito l' anno 24, e non si fosse l' eredità trovata vacante per esser seguita la morte de' vescovi eredi usufruttuarj.

» E qualora detti vescovi fossero trapassa-

ti prima che Gaetano, e gli altri suoi fratelli maschi fossero giunti all' eredità di anni 24 volle che dall'magistrato, intesi *in omnibus* i futuri chiamati, si fosse dato curatore alla eredità, mettendosi in moltiplico l' annua rendita della stessa.

» Finalmente nel caso, che la linea mascolina, e femminile di esso Gennaro testatore fosse venuta interamente a mancare prima, che i figli nati, e nasciturì di Bartolomeo fossero pervenuti all' età di anni 24, per cui fosse rimasta vacante l' eredità, anche per morte de' vescovi usufruttuarj, in tal caso volle, che la S. Casa dell' Annunciata di Napoli fosse stata la sua erede universale, e particolare.

» Livia Foglia moglie del suddetto Gennaro di Lucia col suo testamento legò a beneficio di Gaetano di Lucia suo nipote lire 880 in tempo che fosse asceso alla Laurea dottorale, o al sacerdozio. Le doti di essa Livia erano state in lire 7040 pagate al suddetto Gennaro.

» Nel ruolo della fondiaria furono descritti in testa di Gennaro di Lucia i beni dal medesimo posseduti nel comune di Mugnano, all' infuori de' territorj *Chianajello*, *Fontana vecchia*, *seu Pozzelle*, *e Campo*, che furono descritti in testa de' vescovi di Lucia, ed all' infuori di un territorio sito nel comune di Quadrelle posseduto dal vescovo signor Salvatore.

» Orsola Lombardi seconda moglie di Carlo di Lucia col suo testamento del 1752 legò a beneficio di Andrea di Lucia lire 440.

» I germani Gaetano e Domenico di Lucia nel 1765 donarono per lo sacro patrimonio di Andrea di Lucia l' usufrutto di un loro territorio detto *le Pozzelle* dell' annua rendita di lire 132.

» Nel 1762 Gaetano, e Domenico, non che Gennaro di Lucia donarono per lo sacro patrimonio di Salvatore, l' usufrutto di una porzione di territorio detto *Ajello* nell' annua rendita di lire 114.

» In entrambi detti istromenti di donazione fu assegnata, e designata a beneficio di essi Andrea, e Salvatore l' abitazione nella casa in Mugnano nel luogo *Cordadauro*.

» Nel 4 luglio 1811. i vescovi Andrea, e Salvatore di Lucia fecero citare nel tribunale civile di Terra di Lavoro il loro nipote Bartolomeo sopra diverse dimande; sulle quali, e su le risposte di esso Bartolomeo per la nullità del paterno testameno nel dì 2. marzo 1812 fu dal tribunale profferita sentenza dalla quale avendo i vescovi appellato in principale, e Bartolomeo incidentemente, fu portata la causa all' adienza della corte sedente in Napoli, la quale nel dì 30 agosto 1813 decise quanto segue.

» Annulla gli appelli, e ciò di che si è appellato; e con novella decisione dichiara:

1. Che quanto si riguarda la proprietà, ed usufrutto degli stabili, che i capitali, censi, ed azioni appartenenti all' eredità del fu Gennaro di Lucia siano nulle, ed incapaci di effetto le sostituzioni comprese nell' ultimo di lui testamento di aprile 1800 a prò de' figli del convenuto signor Bartolomeo di Lucia, e dei Signori vescovi Salvatore, ed Andrea, e che siasi quindi aperta per tutti gli espressi beni nella proprietà del pari, che nell' usufrutto la successione intestata in favore dello stesso Bartolomeo erede legittimo.

» 2. Che sia valido al contrario, in quanto non ecceda la quota disponibile, l' ordinativo del testatore per quello, che concerne non solo il prelegato delle lire 8800 a vantaggio de' vescovi di Lucia, e non volendo essi avvalersene, de' figli di Bartolomeo, ma benanche il legato in proprietà, ed usufrutto degli effetti mobili per natura, o delle esigenze lasciate a farsi dal testatore Gennaro, gli uni, e le altre descritte nel sesto paragrafo dell' ultimo suo testamento.

» 3. Che sia lecito all' signor Bartolomeo di Lucia, il precapire dal patrimonio paterno le lire 35200 donatelle con atto de' 26 giugno 1793 a conto dei quali sia però tenuto imputare i beni a lui trasferiti in virtù dell' atto medesimo e convenzionalmente stimati col contratto del 1801 nella somma di lire 28600.

4. Che lo stesso signor Bartolomeo possa similmente precapire dall' asse paterno i due terzi delle doti di sua madre signora Livia Foglia, le quali ascendono a lire 4693.

» 5. Che possa pur prelevare il legato di lire 880 lasciate dalla stessa signora Foglia al

signor Gaetano di Lucia il giovane di lei nipote, con obbligo però di pagargliele nej modi della legge, quando lo stesso signor Gaetano assume la laurea dottorale, o il sacerdozio.

6. Che sia lecito ai signori vescovi il prelevare dalla massa dei beni i due terzi dell'eredità di Bartolomeo il vecchio di loro padre.

» 7. Che debba riputarsi ereditario dello stesso Bartolomeo non solo il terzo dell'eredità del comune stipite della famiglia di Carlo di Lucia, ma il terzo ancora degli acquisti fatti da Bartolomeo in solido coi suoi fratelli Gaetano, e Domenico.

» 8. Che non competa per contrario ai medesimi vescovi il dritto di prelevare in loro vantaggio veruna quota sulli acquisti fatti a nome del fu Gennaro.

» 9. Che possono eglino precapire dalla massa de' di lui beni i due terzi delle doti della loro madre signora Veneranda Magnotti, le quali appariranno da legittimi documenti in realtà soddisfatte, salvo loro il diritto di riscuotere dai dotanti della medesima, o loro eredi le quote loro pertinenti, e non per anche pagate.

» 10. Che possono prelevare similmente in lire 176 i due terzi di lire 264 donati alla signora Magnotti dal signor Gaetano di Lucia con istromento del 1767.

» 11. Che competa il dritto ai signori vescovi di Lucia di precapire in loro vita l'usufrutto de' beni loro costituiti in sacro patrimonio cogl'istromenti de' 15 marzo 1762 e 1 febbrajo 1765, e ciò senz'arrestarsi alla loro domanda relativa alli frutti maturati innanzi l'epoca del presente giudizio, la quale dimanda viene rigettata, rimanendo però al signor Bartolomeo il dritto di proprietà su i beni medesimi.

» 12. Che possa altresì il vescovo signor Andrea di Lucia precapire in suo prò le lire 440 legategli dalla signora Orsola Lombardi col testamento de' 3 gennaro 1662.

» 13. Che finalmente si debbano ai lodati vescovi i frutti, o gl'interessi al 5 per 100 dal dì della domanda non meno sui due terzi dell'eredità di Bartolomeo il vecchio loro padre, che su i due terzi delle doti della loro madre Magnotti sulle lire 176 provenienti dalla donazione del fu Gaetano, e sulle lire 440 risultanti da quella della signora Lombardi al vescovo signor Andrea.

» Discarica vicendevolmente ed assolve i signori vescovi di Lucia, e 'l signor Bartolomeo loro nipote dalle più ampie domande, gli rinvia al tribunale della provincia di Terra di Lavoro per la divisione de' beni a norma de' principj fissati nella presente decisione, e per tutte le altre controversie di esecuzione della stessa.

» Contro di tal decisione li signori vescovi Andrea, e Salvatore di Lucia hanno prodotto i seguenti mezzi per cassazione: 1. perchè sulla quistione risguardante la nullità nel testamento di Gennaro di Lucia, avendo la corte considerato che i testamenti prima, che si apre la successione, sono meri progetti, ed applicando l'articolo 896 avendo dichiarato nullo il testamento medesimo tanto in riguardo alla proprietà lasciata a' di lui nipoti, quanto in riguardo all'usufrutto a pro di essi vescovi disposto, ha non solamente male adattato l'articolo suddetto, ma anzi lo ha violato egualmente, che ha violato l'articolo 899; giacchè la sola violazione delle forme de' testamenti, all'epoca, in cui il testamento è scritto dà luogo alla nullità assoluta de' medesimi ma l'eccesso, e contravvenzione alle disposizioni della legge vigente all'epoca in cui si apre la successione, non produce nullità, ma riduzione al prescritto dalla legge in vigore. Quindi il testamento di Gennaro di Lucia scritto colle solennità della legge allora vigente, è valido, ma riducibile in ciò, ch' è opposto alle determinazioni del cod. civile, sotto il cui impero si aprì la successione. Che col codice suddetto sono vietate le sostituzioni in virtù dell'articolo 896, ma coll'articolo 899 è permesso d'istituire taluno nella nuda proprietà, un'altro nell'usufrutto, e se il proprietario ha l'obbligo di restituire all'usufruttuario non sarà invalida la istituzione nella proprietà, ma valida la istituzione nell'usufrutto.

» Che avendo Gennaro di Lucia istituiti eredi della proprietà i nipoti coll'obbligo di restituire, ed essi vescovi suoi fratelli nell'usufrutto senza alcun gravame fedecommessario, potea quindi dichiararsi nulla la istituzione nella proprietà, non già quella nell'usufrutto, permessa dalla legge.

» Che non regge nel fatto di essere detti vescovi istituiti eredi fiduciarj; e quando si volessero considerare in tal qualità, essi lo furono nella divisione della proprietà tra i nipoti, non mai in ciò, che riguardava l' usufrutto puramente loro lasciato.

» 2. Perchè essendosi colla decisione della corte dichiarato valido il legato de' mobili per natura, le esigenze, e i ducati 2000 a favore di essi vescovi, giusta i termini dell' articolo 6 del testamento di detto Gennaro di Lucia; ed essendosi colla decisione medesima sottratta dalla stessa disposizione l'abitazione della intera casa palazziata, ha la corte offeso il testamento in questa parte, e lo stesso principio da lei adottato, riconoscendo in parte vero, ed in parte non vero l' articolo suddetto del testamento, e ne ha snaturati gli effetti coll' avere ammessi alcuni, e negati gli altri.

» 3. Perchè dall' avere la corte considerato, che il legato vitalizio dell' abitazione nella intera casa palazziata con tutti i comodi di giardino, importi usufrutto piuttosto, che uso, ha escluso li detti vescovi dal dritto dell' abitazione, non che dell' intero usufrutto. Con ciò ha offesa la legge, e la definizione degli stessi vocaboli, che distinguono l' uso dall' usufrutto. Che coll' avere la corte medesima considerato, e disposto, che l' abitazione della casa sia compresa nei termini dell' usufrutto, non solamente ha offeso il titolo, o sia la volontà del testatore, ma ha offesa la *L.* 2. *ff. de usu*, *et habit*, la *L.* 10. e 12. *ff. eod.* egualmente che gli articoli 1010, e 1014 del cod. civile, in cui i legati sono permessi a titolo universale, o particolare.

» 4. La sentenza che offende il titolo autentico, o non è ristretta ne' termini dello stesso, è sempre ingiusta. La corte avendo ordinato, che Bartolomeo di Lucia precapisca dall' eredità di Gennaro suo padre lire 36200, come donategli dal medesimo, ha offeso non solo il titolo dell' istromento in cui è prescritto, che le gli dovessero in nome di assegnamento, e di legittima, ma altresì l' altro istromento stipulato tra Gennaro, e Bartolomeo nel dì 4 ottobre 1801 in cui fu convenuto, che col divisato titolo di legittima dovessero a Bartolomeo appartenere, senza poter altro pretendere.

» E perchè si è violato l' articolo 843 del cod. civile, mentre l' assegnamento de' ducati 8000 caratterizzato erroneamente dalla corte per donazione, quando anche tale reputar si potesse, non gli fu fatta a titolo di anteparte, lo che è dimostrato da tanti documenti, tra quali è lo stesso testamento di Gennaro. Quindi la corte ha deciso contra tanti titoli autentici, snaturandone le parole, e il senso, che è lo stesso, che dire di aver deciso contra la legge de' divisati titoli.

» 5. Perchè essi vescovi, come quelli, che sono eredi, e rappresentano il comun padre Bartolomeo seniore, hanno da prelevare, giusta la decisione della corte, due delle tre parti della paterna eredità. Questa parte della decisione è monca, perchè dovea distinguere gli oggetti, sulla quale dovea cadere, non essendovi inventario de' beni di Bartolomeo seniore per vedere se fossero andati compresi quelli acquistati nel particolar nome di Gaetano, e di Domenico di Lucia di lui fratelli, perchè così dichiararono nell' istromento del 1767 nè seguenti termini»» Avere, tenere, e possedere in comune, *et pro indiviso* i seguenti beni, parte ereditarj del signor Carlo di Lucia di loro padre, ed avo rispettivi, e parte per titolo di compra fatta, anche insieme col detto quondam dottor fisico D. Bartolomeo, e detto signor D. Gennaro.»» Da tali beni adunque sono stati essi vescovi esclusi, per essersi colla detta decisione data loro solamente la porzione su i beni di Bartolomeo.

» Colla decisione medesima la corte ha stabilito, che l' erede dovesse pagare i frutti dal giorno della domanda. I frutti per la legge 4. §. 48. *ff. de adquir. rer. dom.* per lo §. 19. *instit. de rer. divis.*, e per l' articolo 547 del cod. civile sono accessioni delle proprietà; e se questa spettava ad essi vescovi dal giorno della morte del padre Bartolomeo, e Gennaro se gli ha percepiti, dovea la di lui eredità condannarsi al pagamento di detti frutti dal giorno della morte di Bartolomeo seniore; il che non avendo fatto, ha la corte violate le dette leggi, ed il disposto nell' istromento del 1767 cambiandone anche le

parole contenute in quello; giacchè nello stesso si dice, che gli acquisti si erano fatti da Gaetano, e Domenico di Lucia, insieme con Bartolomeo, e Gennaro, e la corte ha nelle sue considerazioni cambiata la parola *insieme*, surrogandovi quella *d'insolidum*.

» 6. Gli acquisti fatti da Gennaro di Lucia furon fatti come in comune indiviso con essi vescovi: di fatti con istromento del 1791. in cui intervenne anche il signor Bartolomeo juniore, si contrasse un debito col Monte Barra, e si enunciò da' fratelli di Lucia, compreso D. Gennaro di possedere in perfetta comunità, e come veri signori e padroni tutt' i beni non solamente descritti nell'istromento del 1767 ma anche gli altri posteriormente acquistati dal solo D. Gennaro.

» Detto D. Gennaro col suo testamento riconobbe tale comunione esprimendosi » Che i prenominati miei cari fratelli Andrea, e Salvatore, co'quali ho sempre vissuto in comune, ed indiviso. »

» Quindi non era a dubitarsi, che su tali fondi i vescovi vi avessero avute le loro rispettive quote, e che ai termini della confessione del detto D. Gennaro doveano prelevarle.

» Ma avendo la corte dichiarato di non competere ad essi vescovi diritto di prelevare minima parte sugli acquisti fatti dallo stesso D. Gennaro, ha offesi i titoli e documenti suddetti, a' quali non può Bartolomeo contraddire, dovendo stare al fatto proprio, ed a quello del di lui padre, di cui è erede.

» 7. Essendo stati da Gennaro di Lucia goduti li frutti de' beni assegnati a vescovi suoi fratelli in sacro patrimonio, ed avendo la corte dichiarato di appartenere l'usufrutto di tali beni senza gli arretrati percepiti dal detto Gennaro, col quale i vescovi medesimi hanno vivuto in comune, ed indiviso, sono state perciò offese le *L.* 9. 17. *e* 44. *ff. famil. hercisc.*

» 8. Perchè ha inoltre la corte offese le citate leggi col non avere accordato ad essi vescovi i frutti delle porzioni dei beni materni dal giorno della morte della madre, percepiti anche dal detto D. Gennaro, il di cui erede dovea essere condannato al pagamento de' frutti medesimi.

» 9. La corte ha assolute le parti dalle più ampie domande. Ciocchè è contra la legge. Le azioni erano istituite; e la corte non potea nè assolvere, nè condannare. Le decisioni debbono rispondere alle azioni, e non assolvere, o condannare con termini vaghi, e generali. Quindi la corte ha violata la legge.

» In tale stato morto il signor Andrea di Lucia, il signor Salvatore nella qualità de' di lui eredi ha riassunta l' assenza.

» Udito il rapporto: Intesi il signor Domenico Cassini avvocato del vescovo di Calvi, ed il Signor Pietrantonio Ruggiero avvocato del signor Bartolomeo di Lucia; ed inteso il primo avvocato generale cavaliere Cianciulli, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto cassarsi la decisione impugnata per la sola parte di essa che versa sull' abitazione pretesa dai vescovi di Lucia, e sulla prelevazione de' ducati 8000, ed il rigetto del ricorso avverso il dippiù della detta decisione.

» La corte di cassazione deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Considerando, che quantunque sia vero, che la validità de' testamenti riguardo alla sola forma estrinseca è retta dalle leggi in vigore nel tempo della formazione dell' atto, ma nella forma intrinseca è soggetta alle leggi del tempo dell' aperta successione, tal che siccome è nullo un testamento fatto sotto l' impero dell' antica legge per vizio di preterizione, e di diredazione senza causa, o in cui manca il titolo d' istituzione di erede quando la successione siasi aperta sotto la legge nuova, salva solo al preterito, o diredato la quota di riserva; così all' opposto una sostituzione fatta in un testamento di vecchia data soggiace alla censura dell' articolo 896 del codice civile. Quindi ha ben la corte dichiarata nulla la istituzione degli eredi proprietarj gravati di sostituzione. Ma non così per quanto riguarda la istituzione di eredi nell'usufrutto, ed il prelegato di abitazione. Imperocchè non cadono sotto la censura dell' articolo, che riguarda le sostituzioni fedecommessarie colle quali uno è incaricato di conservare, e restituire i beni. All' incontro la reciproca sostituzione de' due fratelli signori Andrea, e Salvatore di Lucia di già cousufruttuarj nel

di loro usufrutto non è che una sostituzione volgare nel caso che uno di essi non acquistasse l'usufrutto; poichè l'usufrutto non si acquista, che colla percezione, val dire ciascuna volta, che si percepisce; nel che il cod. civ. coll'articolo 585 è consentaneo al dritto romano; per cui, ove la reciproca sostituzione de' due cousufruttuarj mancasse, sarebbe uno all'altro sostituito di dritto per virtù del dritto di accrescere, giusta l'articolo 1044 del cod. civ. benchè ivi special menzione dell'usufrutto non sia fatta, come nel dritto romano *L.* 6. *e* 10. *ff. de usufruct. adcrescend.* essendo così dell'uno, che dell'altro dritto i principj gli stessi, mentre non acquistandosi l'usufrutto, che coll'atto della percezione non la porzione alla porzione, ma l'usufrutto alla persona si accresce; onde superflua si è creduta nel novello dritto una specifica disposizione circa l'usufrutto, essendo compresa nelle regole generali: quindi la reciproca sostituzione de' due cousufruttuarj non fu che volgare, e surrogatoria, perchè senza di essa la parte dell'usufrutto mancante sarebbesi di dritto accresciuta al sopravveniente.

» Nè osta l'altro motivo dalla corte di appello adottato, che i signori Andrea, e Salvatore di Lucia furono eredi istituiti anche nella proprietà degli stabili, e gravati di restituire; poichè una tale asserzione è direttamente contraria alla lettera del testamento, col quale furon essi eredi istituiti nella proprietà de' soli beni mobili, e nel solo usufrutto de' beni stabili: nè potea la corte per via di leggierj congetture creare una istituzione di eredi proprietarj negli stabili del testatore in disprezzo dell'articolo 1353 del cod. civ. il quale esclude il giudice dall'arbitrio di congetturare nè casi, ove la legge non ammette pruova testimoniale, ed è certo che tal pruova non si ammette contra il contenuto negli atti, articolo 1341. Quindi se il testatore istituì chiaramente eredi nel solo usufrutto degli stabili i due suoi fratelli, nell'atto che nettamente gl'istituì eredi proprietarj ne' soli mobili; e negli stabili chiaramente istituì primi eredi proprietarj i di lui nipoti, non dovea la corte permettersi di fare una istituzione in proprietà per gli stabili, contraria alla lettera del testamento.

» Ed in vano la corte ricorre all'usufrutto causale giusta il linguaggio adottato dai dottori, imperocchè essi appellano usufrutto causale quello manifestamente dal testatore alla proprietà congiunto sugli esempj della *L. species auri*, 15. *ff. de auro*, *argento*, e della *L. cum pecunia* 12. *ff. de usufruct. earum rerum*, nelle quali leggi è definito, che la proprietà sia stata legata, ove il testatore leghi *species auri*, *et argenti*, o il danaro, e ne imponga la restituzione e il ritorno in potere di altri, soggiungendo, che il legatario debba averne, o esserne contento dell'usufrutto, o dell'uso: mentre in questi casi non si è da' giureconsulti creata, come la corte di appello ha fatto, una disposizione della proprietà, poichè legata la specie di oro, e di argento, o il danaro, con tali espressioni chiare del testatore non si è legato l'usufrutto solo dell'oro e dell'argento, o del danaro, ma usufrutto, e proprietà insieme; e le seconde espressioni altro non dinotano, se non il non potere il legatario della proprietà disporre, ma del solo uso o usufrutto; ed in tal senso è che i dottori hanno in coteste disposizioni adottato il nome di usufrutto causale, dovendo sempre precedere o la istituzione di erede, o il legato lasciato senz'alcuna limitazione al solo usufrutto, quantunque siasi di usufrutto parlato solo nell'imporsi la restituzione, e nel vietarsi l'alienazione.

» Dippiù spinge la corte troppo oltre le cose, allorchè assume, ch'essendo gli eredi proprietarj stati istituiti sotto condizione, debba per tal circostanza supporsi istituiti puramente eredi in proprietà gli usufruttuarj; onde la conseguenza, che quelli non siano istituiti, ma sostituiti; poichè ciò distruggerebbe la facoltà d'istituir eredi sotto le condizioni dalle leggi non riprovate, contra l'articolo 900 del codice civile ove introdur si volesse l'assurdo che istituiti due eredi, uno puramente, l'altro sotto condizione, debba la istituzione del secondo considerarsi sostituzione, e cader l'una, e l'altra; perchè non verificandosi la condizione, la porzione del mancante all'altro si accresce, o verificandosi, il primo debba all'altro la metà resti-

tuire. Siccome è anche eccessivo il dire, che debba l'erede usufruttuario dall'usufrutto decadere, se la proprietà è stata ad altro erede lasciato sotto condizione, sol perchè pendente la condizione, sia la proprietà per solo ministero di dritto presso l'usufruttuario, (il che può dirsi anche dipendere dal principio non più nel nuovo dritto riconosciuto di non poter uno morire in parte con testamento, e in parte ab intestato) quasi per fatto dell'uomo, fosse stata in tal caso all'usufruttuario la proprietà lasciata col peso di conservare, e restituire; ampliandosi così la caducità dell'articolo 896, anche al caso, che non il testatore ingiungesse la restituzione, ma solo per ministero di legge una specie di restituzione avvenisse. Finalmente non è da farsi fondamento, fino a creare una istituzione di erede inesistente, e distruggere la esistente, nell'avere il testatore data ai fratelli usufruttuarj la facoltà di dividere secondo la loro prudenza agli eredi proprietarj la proprietà de' beni, perchè un tal carico è del tutto indipendente dalla qualità di eredi usufruttuarj, mentre poteva il testatore addossar loro tal ministero, anche senza istituirgli eredi nell' usufrutto degli stabili, contentandosi di avergli istituiti eredi proprietarj nè soli mobili, e fatti loro de' prelegati, ed anche se per niente gli avesse onerati. Onde ognun vede, che tal ministero non solo non mena alle conseguenze, che la corte ne ha dedotte, ma a veruna ragionevole conseguenza.

» Finalmente ha la corte voluta estendere la caducità prescritta dall'articolo 896 anche ad un prelegato di abitazione compreso in un diverso capitolo del testamento, e propriamente in quella parte, in cui il testatore istituisce i due suoi fratelli Salvatore ed Andrea eredi proprietarj nè mobili; mentre un tal prelegato non ha veruna connessione col preteso usufrutto causale; ed è una disposizione singolare, nella quale non potea la corte notare verun vigore di conservazione, e restituzione. Onde ella ha estesa la caducità anche ad una particolar disposizione solo per motivi di preteso assurdo, che uno potesse perdere il tutto, e ritener la parte, il che è un sofisma; non mancando nel dritto romano esempj di legati ripetiti, nel caso il legatario per la prima disposizione non gli ottenesse.

» Considerando, che una donazione fatta dal padre a contemplazione di matrimonio deve imputarsi in legittima; e che nel caso presente la donazione vedesi fatta al signor Bartolomeo in conto della legittima; quindi non potea la corte, senza violare la legge della donazione, permettere al signor Bartolomeo su i beni paterni la quota di riserva senza imputarvi i beni donati.

» Considerando, che non avendo la corte creduta esistente fra i tre fratelli Gennaro, Salvatore ed Andrea di Lucia una società universale, non può tale dichiarazione su di una materia di puro fatto essere impugnata in cassazione. Ma d'altronde avendo la corte avuta per vera la esistenza fra i medesimi di una comunione di beni, non potea dispensarsi dall' ordinare un rendimento di conto delle somme nella comunione introitate, nel che esisteva implicitamente la domanda de' signori Andrea, e Salvatore, avendo chiesta la parte degli acquisti fatti col danaro della comunione. E l'avergli esclusi con dire di aver essi promiscuamente usato de' frutti de' fondi indivisi, secondo i particolari loro dritti, non è, che un aerea supposizione di un vicendevole rendimento di conto già seguito, deducendone arbitrariamente la conseguenza, che tai frutti debbono tenersi per esatti, e quel, che è più grave, non solo fino alla morte di Gennaro, ma fino all'epoca del giudizio: mentre l'azione, che per legge compete a coloro, che son vissuti in comunione, è quella di esiger fra di loro il conto della comune amministrazione, §. 3. *de obl. quae quasi ex contract*.... Quindi ha la corte malamente esclusi i signori Salvatore, ed Andrea dai frutti, ed interessi anteriori all'incominciamento del giudizio.

»Considerando in fine, che non può il giudice nè assolvere, nè condannare veruno, senza motivare la sua sentenza; Quindi è nulla, e cassabile per conseguenza l'ultima parte della decisione, con cui per parole generali si discaricano, ed assolvono vicendevolmente le parti dalle più ampie domande.

»Per tali considerazioni la corte cassa, ed

annulla la disposizione contenuta nel primo articolo della decisione, solo per quanto riguarda l' interesse de' signori vescovi Andrea, e Salvatore di Lucia.

»Cassa la disposizione contenuta nell' art. 3. in quanto esclude la imputazione della quota di riserva de' beni pervenienti da Gennaro, donati a contemplazione di matrimonio a Bartolomeo suo figlio.

» Cassa la disposizione dell' art. undecimo relativamente all'esclusione della dimanda dei frutti maturati innanzi l'epoca del giudizio.

» Cassa similmente la disposizione dell' art. 13 relativamente ai frutti da non doversi prima del dì della domanda.

» E finalmente visto l' articolo 19 §. 1 della legge de' 3 aprile 1812 cassa l' ultima parte della decisione, con cui le parti si assolvono vicendevolmente dalle più ampie dimande; ferma restando la decisione nelle rimanenti disposizioni, per le quali la corte rigetta il ricorso - Ne rinvia per le parti cassate la cognizione alla corte di appello di Altamura.

» SOTTRAZIONE §. 1. Il percettore, » l' incaricato di una percezione, il deposi- » tario di pubblico denaro, e chiunque è » tenuto a rendimento di conti verso il pub- » blico, sarà punito col primo al secondo » grado de' ferri nel presidio, quante volte » abbia distornato o sottratto danari pubbli- » ci o privati, carte di credito, che li rap- » presentano, o documenti, titoli, atti, o » effetti mobiliari, che erano in suo pote- » re per cagione delle sue funzioni. *Art.* 216. » *Leg. pen.*

La parola *sottrarre* di cui fa uso il presente articolo, volendosi esaminare nel proprio suo significato, importa lo stesso che rubare: ma nel modo come viene adoperata, non meno in ragione della facilità che a motivo delle sue funzioni ha taluno in sottrarre, che in ragione della cosa che si sottrae, prende una intelligenza diversa dal furto. Tale è il caso di colui che avendo presso di se denaro o altro genere appartenente ad altrui, furtivamente l' occulta in tutto o in parte, o se ne appropria in tutto o in parte con mezzi del tutto indiretti: a buonconto il sottrarre è involare di nascosto, e con dolo quello che destinato ad un oggetto o di custodia, o di deposito si fa proprio da colui medesimo, che n' è il depositario, il custode, il detentore. Quindi il percettore, l'incaricato di una percezione, il depositario di pubblico denaro, e chiunque altro è tenuto a rendimento di conti verso il pubblico, allorchè si appropria dolosamente il denaro altrui, o titoli di credito, o effetti mobiliari lasciati in suo potere per cagione delle sue funzioni, commette una *sottrazione*; conseguentemente vien punito ai termini dell' articolo indicato.

La giurisprudenza romana da il nome di *peculato* a questo misfatto. Quindi Paolo ritiene la medesima definizione, che ne venne data da Labeone.

» Labeo libro 38 posteriorum peculatum definit, pecuniae publicae aut sacrae furtum non ab eo factum, cujus periculo fuit, et ideo aeditum in iis, quae ei tradita sunt, peculatum non admittere. Eodem capite inferius scribit (*idem Labeo*) non solum pecuniam publicam, sed etiam privatam crimen peculatus facere, si quis quod fisco debetur, simulans se fisci creditorem acceperit; quamvis privatam pecuniam abstulerit. Is autem qui pecuniam (*publicam*) traiciendam (*idest quae traici debebat*) suscepit, vel quilibet (*custos pecuniae publicae*) alius ad cujus periculum pecunia pertinet, peculatum non committit (*sed lege de residuis tenetur*). Senatus jussit lege peculatus teneri eos, qui injussu ejus qui ei rei praeerat tabularum publicarum inspiciendarum describendarumque potestatem fecerint. Eum quoque qui pecuniam publicam in usus aliquos (*subaudi destinatam*) retinuerit, nec erogaverit, hac lege teneri. *L.* 9. *D. ad leg. jul. peculatus.*

Casus. Labeo. Labeo definit peculatum. Secundo dicit quod in casu qui surripuit, pecuniam privatam committit peculatum, et ponitur exemplum in litera. Tertio dicit qui pecuniam publicam traiciendam suscepit, vel similis persona, ad quam spectat periculum non committit peculatum. Quarto dicit: qui fecit potestatem tabularum publicarum inspiciendarum, et describendarum sine parabula ejus, qui praeerat his factis, committit peculatum. Quinto dicit: qui pecuniam publi-

cam habebat ad expendendam in certos usus, et eam retinuit, nec expendit ubi debebat, crimine peculatus tenetur. Ultimo dicit: debitor fisci dedit mihi pecuniam, ut eam solverem aerario, sive fisco; et ego coram procuratore confessus sum eam habere, recessi aliqua de causa in provinciam, et non solvi, dicitur quod non teneor de residuis, sed fisci debitor sum, et coget me procurator Caesaris ad solvendum pignora, exigendo, et me detinendo, multam indicendo, et si per annum stem quod non solvam, de residuis teneor. *Franc. Accur.*

Ulpiano si allontana poi da questa definizione, chiamando questo misfatto piuttosto furto che peculato.

» Ob pecuniam civitati (*alii quam romanae*) subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur. *L.* 83. *D. de furtis.*

Casus. Qui surripuit pecuniam alicujus civitatis praeterquam romanae, furti tenetur non peculatus. *Fran.*

Alciati all'incontro per togliere ogni differenza tra queste due leggi dice, che tale misfatto può dar luogo in un tempo stesso all'azione di furto, e di peculato; a tal uopo stima doversi aggiungere al *non crimine* la particella *nec.*

» Ob pecuniam civitati subtractam actione furti *nec* non crimine peculatus tenetur. *Alciati in D.*

Più propriamente però sembrerebbe darsi a questo misfatto il nome di *malversazione.* Il versarsi malamente il denaro pubblico, o privato da colui, che rivestito di una qualità pubblica *è* nel dovere o di custodirlo, o di farne un'uso determinato è nei puri termini di tale denominazione. Quindi può anche ben chiamarsi *malversatore* il percettore, l' incaricato di una percezione, il depositario di pubblico denaro, e chiunque è tenuto a rendimento di conti verso il pubblico, che in vece di versare le somme depositate, o esatte, ne ritardi il versamento in modo che faccia conoscere, e risulti aversene appropriato il tutto o una parte.

Anche l'usciere che si appropria il denaro ritratto dagli effetti da lui sequestati vien compreso in questa classe di colpevoli in virtù delle seguenti disposizioni.

» È vietato agli uscieri d'invertire in uso privato le somme che perverranno loro dal prodotto delle vendite degli effetti sequestrati. I contravventori saranno destituiti, ed inoltre puniti negli stessi termini dell'articolo 216 delle leggi penali. *Art.* 10. *Decreto de'* 17 *agosto* 1819.

Il distornamento o la sottrazione di cui è parola pare che ancora più precisamente possa convenire al giudice, al cancelliere, al patrocinatore, al notaro, quando ciascun di essi si appropria denari pubblici o privati, ovvero distrae carte di credito, documenti, titoli, atti, o effetti mobiliari a lui affidati per causa delle sue funzioni.

Possono finalmente considerarsi in questa specie di reato ogni impiegato nelle casse pubbliche dei ricevitori, che occulti denaro riscosso per conto del governo, ed ogni impiegato del procaccio, che rompa le casse o i suggelli che vi sono apposti, affine di appropriarsi le somme che vi sono conservate; e ciò quando si esegue il trasporto dei fondi pubblici, e la loro consegna tanto al banco delle due Sicilie, quanto ad altre casse regie.

» Ogni impiegato nelle casse pubbliche, che sarà convinto di aver occultato del denaro provegnente da versamenti fatti per conto del governo, sarà immediatamente destituito dal suo impiego, e tradotto co' suoi complici, se ve ne esistono, avanti del tribunale criminale per essere giudicato a norma delle leggi. *Art.* 27. *Regolam. de'* 27 *ottobre* 1817.

» Qualunque impiegato del procaccio fosse convinto di aver rotte le casse o i suggelli sulle medesime apposti, colla intenzione di appropriarsi i fondi che vi si contengono, sarà immediatamente arrestato, e tradotto co' suoi complici, se ve ne sieno, innanzi alla corte criminale. *Art.* 30. *Idem.*

» §. 2. Quante volte la distornazione o la
» sottrazione, ai termini dell'articolo prece-
» dente, non abbia avuto per oggetto il pri-
» vato profitto, ma il denaro, le carte di cre-
» dito, o gli effetti mobiliari, senza ordi-
» ne di chi ne ha il potere, si sono inver-
» titi in altro uso pubblico, diverso da
» quello della loro destinazione, il colpevo-
» le sarà punito con sei a dieci anni d'interdi-
» zione da' pubblici uffizj. *Art.* 217. *Leg. pen.*

In questa ipotesi pare che si considera un abuso di confidenza in colui che arbitrariamente applica ad altro uso, ancorchè pubblico, quel danaro, quelle carte di credito, e quegli effetti che gli sono stati depositati, o che gli sono stati affidati per un oggetto determinato. La pena della interdizione che si applica contro il colpevole rende poi salvo il dritto di ripetere o gli effetti stessi che sono stati distornati, o sottratti, oppure il loro valore. È dovuta l'azion civile come conseguenza dell'azion penale istituita.

» §. 3. Saran puniti colla interdizione a » tempo dalla carica gli uffiziali designati » nell'articolo 216 che per eccesso di confi- » denza o per negligenza trascurino negl'in- » troiti o negli esiti le forme stabilite nelle » leggi, decreti o regolamenti.

» Se da ciò nascesse danno all'erario pub- » blico saran puniti, oltre la interdizione a » tempo col doppio del danno. *Art.* 218. » *Leg. pen.*

Tra i regolamenti dei quali fa parola il presente articolo, abbiamo quello de' 27 ottobre 1817 emesso sulle formalità da osservarsi nel trasporto de'fondi pubblici, e nella loro consegna, tanto al banco delle due Sicilie, quanto ad altre casse regie.

TITOLO I.

Dello invio de'fondi e delle operazioni preliminari.

» *Art.* 1. Ogni qual volta un ricevitore generale dovrà inviare de' fondi al banco o altra cassa pubblica, l'intendente della provincia sarà nell'obbligo d'intervenire, o di delegare un funzionario della intendenza per assistere alla numerazione delle monete, che si farà in presenza del direttore della posta o di un uffiziale del procaccio.

» Il controloro della tesoreria generale vi dovrà parimente intervenire, e vi potrà anche essere chiamato il comandante che sarà destinato a scortare i fondi.

» Questa numerazione però non discaricherà i ricevitori generali di alcuna risponsabilità relativamente alla esattezza degl' invii del danaro; atteso che quella ha luogo per dare al governo una garentia morale, e non per ottenere una garentia precisa degli errori che possono commettersi nel contare le somme.

» *Art.* 2. I fondi saranno posti in sacchi una col borderò delle monete; e dopo essere stati chiusi col suggello del ricevitore generale, saranno pesati e depositati in casse di una conveniente solidità. Ogni sacco dovrà portare al di fuori un cartellino indicante il peso e la somma.

» *Art.* 3. Le casse verranno ligate con corde, le di cui estremità saranno munite non solo de' suggelli della intendenza, della ricevitoria generale, della controloria, e della direzione o officina di posta, ma ancora de' suggelli particolari di ognuno de' funzionarj che avranno assistito alla numerazione delle monete ed alla chiusura delle casse.

» In oltre su di ciascuna cassa dovrà essere indicato il nome della provincia, il numero di ognuna di esse se saranno più d' una, ed il peso delle monete che ciascuna contiene.

» Per garentire i suggelli dagli accidenti che possono essere occasionati nel trasporto delle casse, sarà apposta su di essi una piastra di latta inchiodata ne' quattro angoli.

» *Art.* 4. Per giustificare il peso de'sacchi, e delle casse mentovate ne' due articoli precedenti, i ricevitori generali saranno obbligati di non servirsi di altri pesi e bilance, che di quelli verificati e marcati dal campione della provincia.

» Gl' intendenti vigileranno che in tutte le casse pubbliche non sia fatto uso di altre bilance, che di quelle riconosciute, come sopra.

» *Art.* 5. L' intendente farà formare per ciascun invio di fondi un processo verbale, che sarà firmato da tutte le persone che avranno assistito uffizialmente alla numerazione.

» Il detto processo verbale presenterà il borderò de' fondi rinchiusi in ciascuna cassa; e dovrà enunciare il peso, la natura delle monete, la somma contenuta in ogni sacco.

» Questo processo verbale conforme al modello n.° 1 sarà redatto in quattro copie. Una di esse resterà all' intendente, l' altra al ricevitore generale, la terza rimarrà al direttore o uffiziale del procaccio, e la quarta fi-

nalmente sarà consegnata a mano al conduttore de' fondi, per esser presentata al banco in conformità di quanto verrà prescritto nello art. 14, o ad altra cassa alla quale i fondi fossero diretti. Tutte le anzidette copie saranno munite in piedi degli stessi suggelli particolari apposti sulle casse, e ne saranno specificate le impronte per iscritto nel corpo delle copie medesime.

» Appena ciò adempito, una copia dello stesso processo verbale sarà dal ricevitor generale trasmessa alla tesoreria generale, o all' amministrazione nella cui cassa i fondi dovessero direttamente essere versati.

» *Art.*. 6. Compiute le anzidette operazioni, se il procaccio sarà pronto alla partenza, le casse così suggellate saran date in consegna al direttore o uffiziale del procaccio; in altro caso le casse medesime resteranno in deposito presso il ricevitor generale fino al dì della partenza del procaccio: nel quale giorno le casse verranno consegnate al direttore di tale stabilimento, previa una ricognizione da eseguirsi coll' intervento del controloro, e tendente ad esaminare lo stato esteriore delle casse e de' sugelli, o sia la integrità delle une e degli altri.

» Il direttore noterà ne' fogli di rotta il numero, il peso delle casse e le somme in esse rinchiuse; e ne farà la consegna al conduttore del procaccio facendogli riconoscere i suggelli ed il peso delle medesime.

» Fino a che questa consegna non sarà seguita, il ricevitore generale sarà risponsabile de'fondi rinchiusi nelle casse rimaste presso di lui.

» *Art.* 7. Dal momento che il direttore o l' uffiziale del procaccio avrà dichiarato in piedi del processo verbale di aver ricevuti i fondi, il ricevitor generale non sarà più risponsabile, che di quei *deficit* che potrebbero risultare dalla verifica delle monete; i quali per altro dovranno essere documentati da' processi verbali in regola di cui si parlerà qui appresso.

» *Art.* 8. Se nel trasporto i fondi, in tutto o in parte, fossero rubati, in tal caso l' ammontare della somma dirubata sarà portata in esito ne' conti del ricevitor generale, dopo che egli avrà esibito il processo verbale d' invio formato giusta il modello n.° 1, e corroborato di tutte le firme di sopra prescritte. Il furto sarà giustificato nel modo che verrà indicato nello art. 10.

TITOLO II.

Del trasporto de' fondi e delle risponsabilità degli agenti del procaccio.

» *Art.* 9. Dal momento che le casse saranno state consegnate a' direttori del procaccio, gli agenti dell' amministrazione di questo ramo saranno risponsabili non solo delle casse, ma benanche del peso di ciascuna di esse, del pari che della integrità de' suggelli.

» *Art.* 10. Nel caso del rubamento della totalità o di una parte de' fondi appartenenti al governo, il conduttore del procaccio si presenterà nello stesso istante al giudice di circondario del luogo ove il furto sarà stato commesso, se pure sia quello il luogo della sua residenza; in caso contrario si dirigerà al sindaco del comune per far la sua dichiarazione e dare tutte le dilucidazioni che potranno far conoscere gli autori ed i complici del furto.

» Per contestare il dirubamento de' fondi, ne sarà formato dall' autorità locale un processo verbale in quattro copie che dovranno esser segnate dal conduttore del procaccio, dagli uomini componenti la scorta, e dalla detta autorità che avrà ricevuto la dichiarazione. Una delle dette copie sarà consegnata o trasmessa al conduttore del procaccio per suo discarico provvisorio; la seconda sarà diretta al procurator generale presso la gran corte criminale della provincia ove il furto sarà accaduto, acciò possa egli inquirere contro gli autori; la terza sarà inviata all' intendente della detta provincia, che dovrà farne rapporto al ministero delle finanze; e la quarta resterà nell' archivio dell' autorità del luogo ove il furto sarà stato commesso.

» *Art.* 11. Il conduttor del procaccio non sarà definitivamente discaricato della risponsabilità de' fondi che saranno stati rubati, se non dietro i rapporti del procuratore generale presso la gran corte criminale e dell' in-

tendente, da' quali apparisca di non potersi fondare alcun sospetto di frode a carico del detto conduttore.

» *Art.* 12. Tosto che il procaccio sarà giunto in Napoli, le casse accompagnate dallo stesso conduttor del procaccio, dal comandante della scorta e dal capo della officina del procaccio, o da chi ne sarà dal medesimo incaricato sotto la sua propria responsabilità, saranno immediatamente inviate al banco scortate da quattro o più uomini della forza destinata alla guardia dell'amministrazione.

» L'amministrazione generale delle poste farà intesa di tale invio la tesoreria generale, o l'amministrazione per di cui conto i fondi dovessero essere versati.

» *Art.* 13. Siccome ogni ricevitor generale ha in Napoli un procuratore per sollecitare gli affari della sua carica; così ognuno di loro sarà tenuto d'incaricare il suo procuratore di assistere in sua vece alla numerazione de' fondi trasmessi al banco, o all'amministrazione cui appartengono.

» I ricevitori generali faranno perciò conoscere al ministro delle finanze ed all'amministrator generale delle poste il domicilio de' loro procuratori, i quali riceveranno avviso dall'amministrazione suddetta dello arrivo de' fondi de' loro rispettivi principali ricevitori, e dello invio che se ne farà al banco.

» L'assenza di alcuno dei detti procuratori non potrà dar luogo al ricevitor generale di lui principale di attaccare le operazioni fatte colle formalità prescritte dal presente regolamento, le quali faranno piena fede per la loro autenticità.

TITOLO III

Dello arrivo de' fondi al banco.

» *Art.* 14. All'arrivo de' fondi al banco, le casse saranno presentate insieme colla copia del verbale rilasciata al conduttor del procaccio.

» Qualora gl'impiegati del banco nel riceversi le casse, non abbiano cosa a dire sullo stato e sul peso delle medesime, sarà formato un processo verbale di tale ricezione, che verrà registrato in un libro destinato all'oggetto, e dovrà esser segnato dagli uffiziali incaricati della verifica, dall'impiegato del procaccio, e dal procuratore del ricevitor generale, se è presente.

» Il detto processo verbale dovrà contestare

1.° che i suggelli sieno intatti e che le casse non sieno state aperte;

2.° che il peso sia lo stesso di quello enunciato nel processo verbale d'invio.

» Dopo eseguite tali operazioni il conduttore del procaccio, egualmente che il comandante della scorta resteranno discaricati di ogni risponsabilità.

» *Art.* 15. In tal caso gl'impiegati del banco, dopo aver firmato il processo verbale che avrà assicurato lo stato esteriore delle casse, potranno aprirle.

» I sacchi allora saranno numerati e pesati, e ne saranno verificati i suggelli ed i cartellini alla presenza dell'uffiziale de' procacci, e del procuratore del ricevitor generale, se vi sarà presente.

» *Art.* 16. Qualora il tutto si trovi in regola, si procederà immediatamente, e coll'intervento delle stesse persone, enunciate nel precedente articolo, alla numerazione delle monete.

» Una dichiarazione conforme al modello n.° 2 di essersi ricevute le somme corrispondenti a quelle descritte nel verbale d'invio, sarà allora rilasciato all'uffiziale del procaccio che avrà assistito a tale consegna.

» *Art.* 17. Qualora al contrario sorgesse qualche dubbio sulla integrità de' suggelli e sullo stato delle casse, o pure il peso non corrispondesse a quello enunciato nel processo verbale d'invio, in questi casi non si potrà procedere all'apertura delle casse, che dietro un esame il quale sarà fatto in contraddittorio dal procuratore del ricevitor generale se vi sarà presente, dall'uffiziale del procaccio, dal conduttore, e da una persona che verrà destinata dal governo del banco. Costoro formeranno le loro dichiarazioni sullo stato delle casse e de' sugelli.

» Dopo tal esame le dette casse non saranno aperte, se non col intervento del governatore del banco che si troverà in servi-

zio, alla di cui presenza si dovrà verificare, se il numero de' sacchi sia quello stesso indicato nel processo verbale, e se i suggelli de' sacchi sieno intatti.

» Qualora si ravvisasse rotto in qualche sacco il suggello, in tal caso si dovranno subito contare le somme che vi si trovano rinchiuse; e se ve ne manchi una parte, il conduttor del procaccio ne sarà risponsabile. Se al contrario i suggelli de' sacchi si ravviseranno interi senza alcuna alterazione, la risponsabilità non potrà ricadere che sul ricevitor generale.

» In ogni caso però dovrà essere formato un processo verbale che sarà firmato dalle persone enunciate nel presente articolo.

» *Art.* 18. Tutte le volte le casse mancanti nel peso saranno aperte senza le formalità prescritte dall' articolo precedente, gl' impiegati del banco diverranno per questo solo atto risponsabili di tutto il *deficit*.

» *Art.* 19. Gl' impiegati del banco incaricati di verificare le somme, sotto pena di destituzione, non potranno contare giammai che un sacco per volta, e sempre dopo averne riconosciuti i suggelli, ed assicurato il peso nel modo indicato nell' articolo 15.

» *Art.* 20. Se in un sacco si troverà qualche *deficit*, dopo essere state due volte numerate le monete che vi si conterranno in presenza del governatore, esse saranno di bel nuovo riposte nello stesso sacco per pesarsi un' altra volta; ed allora il procuratore del ricevitor generale, se vi sarà presente, verificherà egli stesso il conto delle monete e riconoscerà il *deficit* se vi esiste.

» *Art.* 21. Dopo essersi verificate le somme, si formerà un processo verbale, se mai vi sarà luogo, de' *deficit* che si troveranno. Il verbale sarà segnato dal governatore del banco, che avrà assistito alla verifica, dal cassiere, dal procuratore del ricevitor generale, se è presente, e dagl' impiegati che saranno stati presenti alla detta verifica.

» *Art.* 22. Il verbale del *deficit* dovrà far conoscere in dettaglio la natura delle monete mancanti, il sacco, e le casse nelle quali si sarà rinvenuto, giusta il modello n.° 3. Questo dovrà essere redatto in tre copie, una delle quali resterà al banco, un' altra ne sarà inviata alla Tesoreria generale, e la terza sarà trasmessa al ricevitor generale dallo stesso banco.

» *Art.* 23. Le monete riconosciute false saranno rotte all' istante in presenza del governatore e del procuratore del contabile che ha fatta la rimessa, in caso che si trovi presente. Il procuratore potrà far verificare i pezzi delle monete rotte, se lo giudichi a proposito. Il valore delle monete suddette sarà figurato nel *deficit*.

» *Art.* 24. Nel caso che il procuratore rifiutasse di segnare il processo verbale del *deficit* riconosciuto, il governatore del banco lo solleciterà a manifestare in iscritto i motivi del rifiuto, ed ove a ciò anche si negasse, ne sarà fatta menzione nel processo verbale.

» *Art.* 25. I ricevitori generali terranno conto de' *deficit* che saranno documentati, secondo le instituzioni che loro darà la tesoreria generale.

» *Art.* 26. Ogni verifica nella quale non si saranno osservate le formalità prescritte nel presente regolamento, sarà riputata nulla; ed una piena risponsabilità ne ricaderà sopra di quegl' impiegati che l' avranno fatta. Nulladimeno i ricevitori generali saranno tenuti di ripianare i *deficit* che potranno esistere in quei fondi, del di cui invio avranno dato avviso, qualora i loro procuratori non avranno assistito alla numerazione delle monete, e non avranno reclamato sulle irregolarità commesse. In tal caso i contabili avranno il regresso contro i loro procuratori, e contro gl' impiegati che avran fatta la verifica irregolare.

» *Art.* 27. Ogni impiegato nelle casse pubbliche, che sarà convinto di avere occultato del denaro provegnente da versamenti fatti per conto del governo, sarà immediatamente destituito dal suo impiego, e tradotto co' suoi complici, se ve ne esistono, avanti del tribunal criminale per esser giudicato a norma delle leggi.

TITOLO IV.

Disposizioni generali.

» *Art.* 28. I fondi che saranno inviati da un ricevitore all' altro, saranno verificati al

loro arrivo nel modo stesso prescritto dal presente regolamento, ma in presenza dell' intendente o sottintendente, e del controloro della tesoreria generale del luogo in cui si eseguirà il versamento.

» Questi funzionarj firmeranno col ricevitore generale o distrettuale, e cogl' impiegati incaricati della verifica, i processi verbali de' *deficit* in caso che se ne trovassero.

» *Art.* 29. Nel caso di rottura nelle casse o ne' suggelli delle stesse, ovvero quando si verificasse qualche mancanza nel peso delle casse medesime, ove tali rotture o mancanza di peso non fossero debitamente giustificate, i *deficit* ritrovati ne' fondi saran rimborsati dagli agenti dell' amministrazione de' procacci, che saranno stati gli ultimi depositarj de' fondi medesimi.

» I detti agenti non avranno il regresso contro coloro da' quali i fondi sono stati loro inviati, se non nel caso in cui i primi documentassero legalmente che le casse, o i suggelli erano già rotti quando il deposito è passato nelle loro mani.

» *Art.* 30. Qualunque impiegato del procaccio fosse convinto di aver rotte le casse o i suggelli sulle medesime apposti, colla intenzione di appropriarsi i fondi che vi si contengono, sarà immediatamente arrestato e tradotto co' suoi complici, se ve ne sieno, innanzi alla corte criminale.

» *Art.* 31. Gl' intendenti o ricevitori generali avranno cura di richiedere a' comandanti militari e delle guardie civiche le truppe necessarie per iscortare i fondi appartenenti al governo; e da questi ultimi sarà da per tutto prestato il braccio forte agl' impiegati del procaccio, quando lo richieggano.

» *Art.* 32. Gl' intendenti, i comandanti delle provincie, la tesoreria generale, il reggente del banco, il direttor generale delle poste, i ricevitori generali, i funzionarj e capi delle amministrazioni pubbliche sono incaricati d' invigilare alla esecuzione del presente regolamento.

» §. 4. Riguardo alle sottrazioni, distru-
» zioni ed involamenti di documenti, e di
» processi criminali, o di altre carte, regi-
» stri, atti, ed effetti qualunque contenuti
» negli archivj, o nelle cancellerie, o nè
» pubblici depositi, ovvero consegnati ad
» un pubblico depositario o funzionario qua-
» lunque per ragione di tale qualità, i col-
» pevoli saranno puniti colla rilegazione. ¶
» cancellieri, gli archivisti, i notaj, e gli
» altri depositarj e funzionarj negligenti sa-
» ranno puniti col primo grado al secondo
» grado di prigionia o confino: se sono stati
» conniventi o autori saranno puniti colla
» reclusione. Contra gli uni e contra gli al-
» tri sarà applicata l'ammenda da ducati ses-
» santa a seicento *Art.* 250. *Leg. pen.*

Ulpiano nella sottrazione e distruzione delle scritture, e dei titoli vede l'azione di furto con cui era da persequitarsi il colpevole; anzi riguarda costui tenuto alla indennizzazione del valore che tali carte involate o distrutte contengono; e ciò anche nel caso che le medesime fossero quietanze dei creditori.

» Qui tabulas vel cautiones amoverit, furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum, verum et ejus quod interfuit: quod ad aestimationem refertur ejus summae quae in his tabulis continetur; scilicet si tanti (*hoc ideo, quia si pars debita jam esset soluta, non tanti ejus interesset quantum in tabulis continetur*) interfuit: ut puta si chirographa aureorum decem tabulae fuerint; nam dicimus hoc duplicari. Quod si jam erant inanes, quia solutum proponebatur; numquid ipsarum tantum tabularum pretii videatur esse aestimatio facienda? Quid enim interfuit hujus? Sed potest dici, quia nonnunquam debitoris tabulas sibi restitui petant, quod nonnunquam calumniantur debitores (*contra creditores*), quasi indebito soluto ab his, interest creditoris tabulas habere, ne forte controversiam super ea re patiatur. Et generaliter dicendum est in id quod interest (*totum scilicet quod in eis continetur*) duplari. Inde potest quaeri, si quis cum alias probationes mensae (*idest pecuniae traditae ad mensam*) quam scripturam haberet, chirographi furtum sit passus, aestimari duplo chirographi quantitas debeat? et numquid non quasi nihil intersit? quantum enim interest, cum possit debitum aliunde probare? quemadmodum si in bonis tabulis instrumentum scriptum sit, nam nihil videtur deperdere si futurum est, ut alio chirographo (*mihi subtracto*) salvo, secu-

rior sit creditor. Apocha quoque si fuerit surrepta, aeque dicendum est furti actionem in id quod interest locum habere; sed nihil videtur interesse si sint, et aliae probationes solutae pecuniae.

» Sed si quis non amovit (*scilicet fur*) hujusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae, nam amovisse videtur qui corrupit. *L.* 27. *D. de furtis.*

Casus. Tabulas vel cautionss meas sine instrumento aliquis surripuit, dicitur quod tenetur actione furti; et aestimabitur non solum valentia tabulae sive chartae, sed etiam debiti quod in ea continetur, sive non, et redditur ratio. Idem videtur et si alias probationes haberem ad istud debitum. Idem de apocha si surripiatur. Sed pone quod aliquis delet instrumentum meum, tenetur furti, et etiam actione legis Aquiliae. *Franc.*

» §. 5. Se.... le sottrazioni, gl' involamenti o le distruzioni di documenti sieno state commesse con violenza contro alle persone, la pena contro chiunque sarà del primo grado de' ferri nel presidio: senza pregiudizio delle pene più gravi, se queste hanno luogo per la natura delle violenze, e per gli altri misfatti che vi fossero uniti: nel qual caso queste pene non saranno mai applicate nel minimo del grado. » *Art.* 252. *Leg. pen.*

I caratteri della violenza, che accompagnano le sottrazioni, gl' involamenti, o le distruzioni delle quali è parola, sono espressi dall' articolo 408 delle leggi penali. Vedi *Furto*. §. 2.

» SPROPRIAZIONE FORZATA. §. 1. Il creditore può domandare la spropriazione
» 1.° de' beni immobili e de' loro accessorj riputati immobili, appartenenti in proprietà al suo debitore:
» 2.° dell'usufrutto spettante al debitore sopra i beni della stessa natura. *Art.* 2105. *Leg. civ.*

Osserviamo da principio col tribuno Lahary» che questo articolo non distingue, nè dovea fare distinzione alcuna tra i creditori personali, ipotecarj o privilegiati.

» Quali sono i motivi che li han fatti confondere sotto una medesima disposizione?

» Questo è quello che l'articolo 2092 (1962) contiene, nel titolo delle ipoteche e privilegj» Chiunque si è obbligato personalmente è obbligato di adempiere alla sua obbligazione sopra tutti i suoi beni mobili, ed immobili, presenti, e futuri. » e che come tutto è legato in materia di legislazione, è stato necessario far concordare questi due articoli, i quali sono in rapporto diretto, e necessario.

» In questa parte del progetto non si tratta dell' ordine dei privilegj ed ipoteche, nè del grado tra i diversi creditori, ma unicamente della semplice istanza di espropriazione, astraendolo dalla distribuzione del prezzo della vendita.

» Finalmente ogni creditore qualunque sia, se è appoggiato su di un titolo, può ricorrere in mancanza di pagamento del suo credito, sopra tutti i beni del suo debitore, i quali necessariamente rispondono della mancanza di esecuzione delle sue obbligazioni, e non importa se i beni siano liberi o soggetti ad altri crediti.

» Senza dubbio il creditore ipotecario ha dei dritti che non hanno i creditori personali. Egli può seguire lo stabile a lui ipotecato, in qualunque modo passi, e reclamarne il rilascio o il prezzo contra il terzo detentore.

» Dee ugualmente essere preferito agli altri creditori, o che costoro abbiano provocata la spropriazione, o che l'abbia domandato egli stesso.

» Se in fine lo stabile, la di cui vendita è stata ordinata, fosse nel possesso del debitore o in mano di un terzo, è sempre collocato nella distribuzione del prezzo secondo il grado che gli assegna la priorità della sua ipoteca.

» È certo egualmente però che la proprietà dei creditori essendo sacra come quella del debitore, il dritto di domandare la spropriazione dee esser comune a tutti, qualunque sia il di loro titolo, e possono usarne in concorso, salvi i privilegj e preferenze da regolarsi ulteriormente tra di loro.

» Il presente articolo adunque ha dovuto comprenderli indistintamente nella sua disposizione. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 107.

Nell' analisi dell' articolo in esame Persil discute le seguenti questioni.

1. *Questione.* Possono spropriarsi i beni che la legge dichiara immobili per l'oggetto al quale si riferiscono?

» E particolarmente, possono spropriarsi le servitù, e le azioni che tendono a rivendicare uno stabile?

» La legge, riconosce tre specie d'immobili: quelli che sono tali di loro natura, per destinazione, e per l'oggetto al quale si applicano.

» Le due prime specie sono suscettibili di essere spropriate, sebbene in diverse maniere. Gl'immobili che sono tali di loro natura, possono essere pignorati soli, e senza bisogno di accoppiarli ad altra specie di beni; gl'immobili per destinazione al contrario, non possono mai essere pignorati soli, e separatamente dall' immobile al quale sono uniti; ma pignorandoli con questo immobile, possono essere spropriati secondo tutte le forme prescritte per le spropriazioni degli stabili.

» La terza specie d'immobili presenta qualchè difficoltà, e perciò noi dobbiamo esaminarla in particolare.

» L'articolo 526 (449) dichiara immobili per l'oggetto al quale si riferiscono: 1.° l'usufrutto di cose immobili; 2.° le servitù prediali; 3 le azioni che tendono a revindicare un immobile.

» L'usufrutto può divenir l'oggetto di un pignoramento: questo è un bene distinto dalla nuda proprietà; è quasi un immobile per sua natura, ed allora non è senza ragione, che l'articolo 2204 (2105) dichiara di potersi chiederne la spropriazione.

» Non è lo stesso però delle servitù prediali. Una servitù non esiste, non ha valore, se non pel proprietario utile del fondo; considerata isolatamente, essa non presenta alcun oggetto; è illusoria, e l'alienazione ne sarebbe chimerica: molto più la servitù degenerebbe in dritto personale, se si potesse alienarla separatamente dal fondo; e contro il testo dell'articolo 686 (607), essa sarebbe imposta in favore di una persona. Dunque bisogna convenire, che non può essere pignorata se non col fondo in favor del quale è stabilita.

» Quanto alle azioni che tendono a rivendicare un immobile, per es. un'azione di rescissione per causa di lesione, un'azione di ricompra, la questione ha sembrato provare maggior difficoltà: tuttavia la corte di cassazione ha giudicato che queste azioni non possono essere spropriate.

» Ecco in quale specie.

» Il signor Simoud vende alcuni beni: questa vendita dà luogo poco dopo ad un'azione di rescissione. Pendente il giudizio, un creditore del venditore procede per la spropriazione; ma si chiede la nullità della sua procedura, sul fondamento che un'azione di rescissione non può essere spropriata.

» Il tribunale civile di Castres, ed in seguito la corte di appello di Tolosa, dichiarano nulle le procedure per la spropriazione. Si ricorre in cassazione, ma inutilmente. La decisione è confermata per due ragioni.

» La prima è che l'azione di rescissione per causa di lesione non ha per oggetto, che il supplimento del giusto prezzo, salvo la facoltà accordata all'acquirente di abbandonare l'immobile, se preferisce di non somministrare tal supplimento, d'onde la corte argomenta, che l'azione di rescissione è essenzialmente mobiliare, e che perciò non può esserne domandata la spropriazione.

» La seconda ragione è ricavata da questa regola, che i beni suscettibili d'ipoteca sono i soli che possono essere spropriati; che l'azione non potendo mai divenir l'oggetto di tale obbligazione, ne risulta ancora che non può essere spropriata.

» Sebbene noi siamo della opinione sanzionata dalla corte in questo affare, non possiamo però dissimulare, che le ragioni che essa invoca siano inesatte. In fatti non è vero, che l'oggetto finale dell' azione di rescissione sia il supplimento del giusto prezzo; al contrario l'oggetto che si propone il venditore, la sola cosa che possa esigere, è la rescissione della vendita, è la restituzione del fondo alienato; e se egli si avvisasse di domandare il supplimento del giusto prezzo, non si mancherebbe di farlo dichiarare non ammessibile, precisamente perchè questo supplimento non gli è dovuto: ecco perchè tutti i nostri antichi autori stabiliscono che, nell'azione di rescissione, l'immobile è *in obligatione*, il supplimento del prezzo *in facultate solutio-*

nis, per parte del compratore. Dunque la corte non ha potuto dire essere la restituzione del fondo in *facultate solutionis*, senza conoscere i principj del dritto.

» Ascoltiamo Pothier nel suo trattato del contratto di vendita num. 331: » l'azione, che la legge 2. *Cod. de rescind. vendit.* accorda al venditore è un'azione rescissoria affin di far rescindere, e di dichiarar nulli il contratto di vendita, e l'alienazione che egli ha fatto della sua cosa, se non ama meglio il compratore di supplire a ciò che manca al giusto prezzo, in conseguenza della quale rescissione, il venditore con questa azione rivendica la cosa, come se non avesse mai cessata di appartenergli. »

» I medesimi principj trovansi negli articoli 1674 e 1681 (1520 1527). Il primo accorda al venditore che ha sofferto una enorme lesione, il dritto di domandare la rescissione della vendita; ma non gli permette di domandare il supplimento del prezzo. L'articolo 1684 (1527) accorda poi questa facoltà al compratore esclusivamente, ciocchè prova che questo dritto non è che *in facultate solutionis*. Ora, si giudica dal carattere di un'azione, per quel che può domandare il creditore; se egli non può esigere in che una cosa mobile anche la sua azione è mobile; se invece egli può pretendere ad un immobile, l'azione è immobile; *quae tendit ad mobile est mobilis*, *ad immobile*, *immobilis*.

» Quindi poichè la restituzione dell'immobile alienato è il solo oggetto dell'azione di rescissione, perchè questo immobile è *in obligatione*, risulta che, al par di lui, l'aziono è immobile.

» Non è dunque perchè l'azione di rescissione per causa di lesione è mobile, che non può essere spropriata; se non vi fosse altra ragione, noi saremmo forzati di convenire, che potrebbe dar luogo a questo procedimento: ma è per una infinità di altri motivi, che noi dedurremo.

» 1. Non può essere dell'interesse de' creditori, che si possa spropriare un'azione riconosciuta immobile: quest' azione non ha alcuna esistenza reale, finchè non è istituita. Essa può procurare un pegno certo tra le mani de' creditori: essa loro diviene quasi inutile quando si vuole alienarla. Per esempio, se i creditori principiano per far rientrar l' immobile nelle mani del venditore; se formano essi medesimi, nel nome del loro debitore, l'azione di rescissione per causa di lesione, il loro pegno potrà migliorarsi di molto. Se invece uno di essi potesse spropriare quest' azione, non si troverebbe aggiudicatario, o pure l'aggiudicazione si eleverebbe a si poca cosa, che l'attore appena potrebbe rifarsi delle sue spese. Non si può dubitare, in fatti, che la incertezza che accompagna sempre un dritto litigioso, non debba allontanare gli aggiudicatarj; e questa prima considerazione ha dovuto indurre il legislatore ad interdire la spropriazione di un dritto incorporale.

» 2. Se si potesse spropriare un'azione immobiliare, come è l'azione di rescissione per causa di lesione, potrebbe accadere che allorquando la spropriazione sarebbe condotta al suo fine, allorchè l'aggiudicazione sarebbe stata pronunziata, fosse provato di non esservi alcun oggetto reale. Supponiamo che un creditore si persuada che il suo debitore abbia venduto a prezzo vile: invece d'istituire egli medesimo l'azione di rescissione, la fa spropriare. Sulla fede degli affissi, si presenta un aggiudicatario che dà un prezzo ragionevole di questa azione; ma allorchè questo aggiudicatario vuol mettere quest'azione in uso, allorchè domanda la rescissione della vendita, i tribunali rifiutano di ammetterlo alla pruova della lesione, o pure, dopo averlo ammesso dichiarano non esservi stata realmente lesione; ciò darebbe luogo a' regressi, ed azioni di garentia che bisogna evitare, perchè i loro risultamenti, sono sempre funesti.

» 3. Sebbene l'oggetto dell'azione di rescissione sia per parte dell'attore la rivendicazione del fondo, nondimeno può accadere che i suoi risultati sieno tutti mobili. Per esempio un creditore pretende che il suo debitore sia stato leso in una vendita che ha fatta; egli fa spropriare la sua azione di rescissione: ma dopo l'aggiudicazione, dopo che l'aggiudicatario avrà formata l'azione, l' acquirente dichiara di voler conservare l'immobile, e pagare il supplimento del giusto

prezzo; in questo caso, malgrado l'immobilizzazione riconosciuta di quest'azione, non è men vero che si sarà spropriato un semplice credito, che sarà stato aggiudicato denaro per denaro; ciocchè la legge non può tollerare, e ciocchè non tollera in fatti, come noi lo dimostraremo.

» 4. L'articolo 2204 (2105) determina i beni de' quali si può chiedere la spropriazione; esso indica prima i beni immobili, ed i loro accessorj riputati immobili, appartenenti in proprietà al debitore; ciocchè comprende nell'istesso tempo gl'immobili per loro natura e quelli che lo sono per destinazione. Passando di poi agl'immobili per l'oggetto cui si riferiscono, questo articolo non parla, se non dell'usufrutto, ciocchè prova che, fra quest' ultima classe d' immobili, la legge non ha voluto render suscettibile di spropriazione, se non il dritto di usufrutto delle cose immobili. Non si può dubitare della verità di quest'asserzione, quando si osserva che questo articolo 2203 (2105) trovasi in perfetta armonia coll'articolo 2118 (2004) e che come questo interdice l'ipoteca degli altri dritti incorporali, egualmente l'articolo 2204 (2105) ne interdice la spropriazione.

» Quindi risulta dallo spirito della legge, come dal suo testo, che le azioni immobili non possono essere spropriate.

» Tuttavia si fanno diverse objezioni, che noi non dobbiamo lasciare senza risposta.

» La prima viene attinta negli articoli 2092 e 2093 (1962 e 1963), i quali decidono, uno, che chiunque sia obbligato personalmente, è tenuto ad adempire alle sue obbligazioni sù tutti i suoi beni mobili ed immobili; l'altro, che i beni del debitore sono comune garantia de' suoi creditori. L'azione di rescissione facendo parte de' beni del debitore, e quest' azione essendo immobile, è una conseguenza necessaria che possa essere spropriata.

» Si risponde, esser vero che il debitore deve adempire a' suoi impegni sopra tutti i suoi beni mobili ed immobili; ma che non risulta da ciò che le azioni immobili possono essere spropriate; che questa conseguenza non potrebbe presentare qualche esattezza se non nel caso in cui i creditori non avessero altri mezzi da esercitare i loro dritti su queste azioni. Allora potrebbero essi invocare il principio, che tutti i beni del debitore sono la comune garentia de' suoi creditori, e per venire a provare che queste azioni, facendo parte del patrimonio del debitore, debbono essere suscettibili di essere spropriate: ma noi riconosciamo che i creditori possono esercitare i loro dritti sopra queste azioni, come sugli altri beni del debitore, e non differiamo se non pel modo di sperimentarli. Noi pretendiamo, che questi creditori debbano prima esercitare le azioni del debitore, ed indi far spropriare i loro risultati, e non vediamo che questo sentimento sia in opposizione cogli articoli 2092 e 2093 (1962 e 1963).

» La seconda obbiezione è, che non si può forzare il creditore che non avrebbe i mezzi di sostenere una lite, di cominciare dall'azione di rescissione, di correre una infinità di vicessitudini, per non aver forse di poi se non una garentia insufficiente; che d' altronde l' articolo 1166 (1119) non fa un dovere al creditore di esercitare i dritti del suo debitore, ma gliene lascia semplicemente la facoltà.

» La risposta è che la legge non esamina le facoltà del creditore per determinare le sue obbligazioni, e che del pari che, secondo l'articolo 1167 (1120) questo creditore è obbligato di esporsi ad una lite per esercitare i suoi dritti sopra de' beni fraudolentemente alienati dal suo debitore; che, secondo l' articolo 2206 (2105) egli è obbligato, prima di spropriare la parte indivisa di un coerede negl' immobili di una successione, di farne seguire la divisione, e del pari sarà egli obbligato di esercitare la sua azione di rescissione prima di passare alla spropriazione.

» È vero che la legge non glie ne forma un dovere se non quando egli voglia profittare delle azioni appartenenti al suo debitore: fin quà egli è padrone di esercitare i dritti di costui; ma appena vuol profittarne, e che perciò egli vuol procedere alla spropriazione, è un obbligo che egli consente d'imporre a se stesso, e di cui non saprebbe dolersi.

» In fine, l'ultima obbiezione è presa dalla considerazione, che malgrado l'incertezza di un credito niente impedisce che possa alienarsi; che tale è la decisione dell' articolo 1689 (1535) e seguenti; che se il debitore istesso non lo vende per pagare i suoi crediti, niente impedisce che la giustizia lo faccia spropriare.

» La risposta è, che non basta che un fondo possa essere alienato dal debitore, perchè si possa spropriarlo. Questa via è soggetta a delle formalità, che non convengono ad ogni specie di proprietà, e particolarmente ad un'azione che non ha alcuna base fissa; questa obbiezione è dunque come tutte le altre debolissima per annullare i nostri principj.

» Da tutte queste osservazioni conchiuderemo che l'azione di rescissione, contra tutte le altre azioni reali, non può essere pignorata; ma che se il creditore voglia ritrarne qualche vantaggio deve cominciare ad esercitarla in nome del suo debitore. Se riesce, e che in tal modo egli faccia ritornare l'immobile nelle mani del suo debitore, è allora solamente che potrà far uso della spropriazione.

2. *Questione*. Si possono spropriare degli edifizj costruiti da un usufruttuario, da un fittajuolo?

» Questa questione, prosiegue l'istesso autore, non può presentar dubbio riguardo all' usufrutto. I creditori del proprietario del fondo possono sempre pignorare gli edifizj costrutti dall' usufruttario, o che li siano stati per condizione dell' usufrutto, o che l' usufruttuario gli abbia fatto costruire per sua sola volontà. Nel primo caso essi appartengono necessariamente al proprietario; essi fan parte del fondo, perchè è una delle cause che deve aver determinata la concessione dell' usufrutto; nel secondo, sebbene potesse esservi maggiore difficoltà, nondimeno debbono ancora essere annessi al fondo; poichè seguendo il §. 2. dell'articolo 599 (524) l' usufruttuario non può in fine dell' usufrutto ripetere alcuna indennità pe' miglioramenti che pretendesse di aver fatti, ancorchè fosse aumentato il valore del fondo. I creditori dunque del proprietario potranno anche in questo caso pignorare gli edifizj costrutti dall'usufruttario, poichè appartengono al loro debitore.

» Riguardo a' creditori personali dell' usufruttuario, deve esservi meno dubbio. Finchè costui gode della cosa, finche l'usufrutto continua, questi edifizj, o piuttosto il godimento di questi edifizj, è una proprietà immobile, che deesi necessariamente far pignorare. Questo è ciò che bisogna conchiudere dal §. 2. dell' articolo 2204 (2105) così concepito - Il creditore può domandare la spropriazione..... dell' usufrutto spettante al debitore sopra i beni dell' istessa natura, cioè sopra i beni immobili.

» Questa quistione non può dunque presentare un dubbio serio, se non riguardo agli edifizj costrutti dal fittajuolo; ed anche ciò non deve intendersi per quel che ha rapporto ai creditori personali dell' affittatore. Per costoro gli edifizj non sono annessi alla proprietà; sono essenzialmente mobili, e perciò non possono essere pignorati che come mobili. Questo è senza dubbio ciò che avrebbe pensato *Pothier*, poichè nel suo trattato della comunione, egli dà per regola fondamentale, che queste costruzioni costituiscono gli effetti mobili, che debbono entrare nella comunione del conjuge che gli ha fatto fare.

» Quanto a' creditori del suo proprietario, vi è maggior difficoltà: da una parte si può dire, che l' articolo 518 (441) dichiara gli edifizj immobili per loro natura senza alcuna distinzione; che l'articolo 555 (480) prevedendo il caso in cui fossero stati costrutti da un terzo, co'suoi proprj materiali, accorda al proprietario il dritto di ritenerli pagandone il valore, ma che fino a questa scelta, gli edifizj fanno parte della proprietà del fondo, secondo la massima *aedificium solo caedit*, massima consacrata dall' articolo 552 (477).

» Da un'altra parte si risponde, che per verità l' articolo 518 (441) dichiara immobili gli edifizj, ma che la sua disposizione deve restringersi al caso in cui sono stati costrutti dal proprietario medesimo; che allora quando è un terzo che ha fornito i suoi materiali, ed ha fatto le costruzioni, non si può supporre che le abbia fatte per rimanerci perpetuamente, poichè sapeva che il suo titolo non era che momentaneo; che l'articolo 555 (480) accordando al proprietario il dritto

di ritenere gli edifizj o di fargli togliere, suppone che in quest'ultimo caso gli edifizj sono essenzialmente mobili; che se si permettesse di spropriarli, potrebbe accadere che in ultima analisi non si fosse spropriato se non una somma di danaro; poichè, ritenendo gli edifizj, il proprietario può pagarne il valore.

» In questo conflitto di opinioni, noi non esitiamo di confessare il nostro imbarazzo. Tuttavia, come bisogna prendere un partito, noi faremo i nostri sforzi per non abbracciare, se non de'principj che ognuno possa riconoscere.

» Egli ci sembra, che prima della scelta autorizzata dall'articolo 555 (480), prima che il proprietario abbia dichiarato se intendeva o no di ritenere le costruzioni, queste non possono essere spropriate come immobili; altrimenti accaderebbe, come si è fatto rimarcare, che si sarebbero spesso spropriate come immobili delle cose essenzialmente mobili, e che anche non avrebbero mai appartenuto al proprietario del fondo. Questa considerazione deve dunque portarci a confessare, che la spropriazione non potrà comprendere questi oggetti, se non quando sarà preceduta dalla dichiarazione di volersi ritenere le costruzioni fatte sul fondo.

» Ma non si pensi che il solo proprietario possa fare tal dichiarazione; secondo l'articolo 1166 (1119) i creditori possono esercitare tutti i dritti ed azioni del loro debitore: questo è un dritto che loro importa di esercitare, e la cui omissione potrebbe sensibilmente diminuire il loro pegno: cosicchè questi creditori, se preferiscano le costruzioni, ciocchè accaderà quando esse avranno aumentato di molto il valore del fondo, avranno il dritto di dichiararlo, e di farle poi spropriare col fondo; ma dovranno sempre cominciare da ciò, poichè questa è la sola maniera di farle riguardare come appartenenti al debitore.

» Questa dichiarazione per parte de'creditori può precedere il termine del contratto di affitto: primamente perchè in nessun caso il fittajuolo può impedirla, e poi perchè la spropriazione domandata prima che spiri l'affitto non porta alcun pregiudizio a'dritti dell'affittatore, e gli lascia sussistere nella loro integrità.

» Per lo che prima di procedere alla spropriazione, o anche dopo, ma prima della vendita, i creditori, agendo in nome del loro debitore, dichiareranno di conservare le costruzioni pagandone il prezzo, in seguito essi le sproprieranno come una parte integrale del fondo. *Persil. Quistioni Sulle spropriazioni. Vol. 4. Sezione 4. §. 1. 2.*

La suprema corte di giustizia a'24 febbrajo 1824 decise, che un altro creditore non inteso nella spropriazione, può avvalersi de' mezzi ordinarj che gli somministra la legge.

» *Fatto.* Nell'anno 1811 D. Luigi Califano procedè all'espropria del dominio diretto di alcuni fondi urbani a danno del duca di Gravina dell'annua rendita di ducati 354. 36. In tal procedura fu serbato il sistema prescritto per l'espropria delle rendite costituite sopra terzi, ed il signor Califano ne divenne aggiudicatario definitivo pel prezzo di ducati 1800, in forza di sentenza del già tribunale di prima istanza di Napoli del dì 20 settembre del suddetto anno, confermata poi dalla disciolta corte di appello con decisione de' 13 marzo 1812.

» Con atto de'4 ottobre 1816 D. Francesco Contarini nella qualità di creditore iscritto contro il suddetto duca di Gravina si rese terzo opponente alla mentovata decisione, per non essere stato egl'inteso nella suddetta espropria, e per essersi questa eseguita col rito conveniente alle rendite costituite sopra terzi; mentre dovea aver luogo la procedura stabilita per l'espropria degl'immobili.

» La gran corte con decisione de'2 settembre 1818 accogliendo la domanda del signor Contarini, ordinò, che le parti si provvedessero in merito innanzi ad essa gran corte.

» Il signor Califano impugnò questa decisione con ricorso nella corte suprema, allegando di essersi violato l'articolo 474 del cod. di procedura civile; dacchè nella specie di cui si tratta o conveniva al signor Contarini l'azione personale, e per questa fu egli rappresentato dal debitor principale duca di Gravina, o gli conveniva l'azione ipotecaria, e questa rimase intatta colla decisione

del 1812, potendo egli rivolgersi contro il terzo possessore, purchè pagasse, o rilasciasse il fondo aggiudicatogli, giusta l'articolo 2166, e seg. del cod. civile.

» Pronunziando poi la stessa gran corte sul merito della opposizione di terzo, considerò, che il dominio diretto sù de' fondi dati in enfiteusi è un'immobile, e quindi soggettandosi i canoni all'espropria, doveano aggiudicarsi colla procedura degl'immobili, in cui sono intes' i creditori iscritti, a'termini degli articoli 449 delle leggi civili, e 784 delle leggi di procedura civile

» Quindi con decisione de' 27 luglio 1822 annullò nell'interesse del signor Contarini, tanto la decisione della corte di appello del 1812, che la sentenza di aggiudicazione definitiva del tribunale civile con tutti gli atti di espropria; ed ordinò che le parti si provvedessero a norma del dritto per l'espropria del dominio diretto, di cui si tratta.

» Contro questa seconda decisione il signor Califano ha benanche prodotto un'altro ricorso per annullamento, con cui riportandosi al primo, e ritenendo i mezzi in esso prodotti aggiunse di essersi violati gli articoli 2061, 2063, 2073, 2068 1119, e 1120, delle leggi civ. e gli articoli 784. 801 e 819 delle leggi di procedura ne' giudizj civili.

» Udito il rapporto, presente l'avvocato D. Pietro Ravelli pel ricorrente, nessuno essendosi presentato pel convenuto; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Viste le decisioni: Vist' i ricorsi.

» Visto l'articolo 756 leggi di procedura civile.

» Vista la *L.* 11. §. 10. *de except. rei judic.* la *L.* 63. *de re judicata*, la *L.* 3. *de pignoribus*, *et hipot.* e la *L.* 5. *cod. eod.*

» Attesocchè l'opposizione di terzo, che è uno de'mezzi estraordinarj d'impugnare il giudicato, per ammettersi, è d'uopo, che colui, che la forma non sia stato inteso, o rappresentato dalla parte contro la quale è stata interposta, e che ne abbia sofferto danno; ond'è ch'essendo il creditore un' avente causa dal suo debitore generalmente egli non ha dritto di rendersi opponente al giudizio reso contro il debitore, perchè inteso nella persona del medesimo.

» La corte osserva che sebbene cotesta massima, nel caso di creditore con ipoteca, abbia le eccezioni espresse nelle leggi sopra menzionate, non è da confondersi il giudicato, che per dolo, collusione, o mancanza di difesa tolga la proprietà, ed annienta il diritto del debitore, o del creditore ipotecario, col giudizio, che accorda ad uno de'creditori la roba del suo debitore. Avvegnacchè nel primo caso come manca la cosa ipotecata, ed il creditore non può sperimentare i suoi dritti, che togliendo di mezzo il giudicato, è d'uopo accordarglisi il rimedio dell'opposizione di terzo, a renderlo indenne. Ma nel caso di espropria, sia forzata, o volontaria, sia di vendita, o dazione *in solutum*, dacchè la roba passa all'acquirente co' pesi, e colle affezioni, cui è onnossia, ed il creditore non inteso nell' espropria, può valersi de' mezzi ordinarj, che somministra l'articolo 2060 delle leggi civili, non ha dritto al mezzo estraordinario, ch' è suppletorio nel difetto dell'ordinario, che non manca a Contarini per la data del suo credito su tutt' i beni obbligati. Per cui la gran corte non opportunamente l' ammise opponente colla sua decisione.

» Considerando, che comunque, giusta l'articolo 756 leg. di proc. civ. sia ingiunto al creditore spropriante d' intimare i creditori iscritti, cioè, richiesto nell' interesse del creditore istesso, e del debitore, più che del terzo: dappoichè intimando purga il fondo della sua ipoteca; ed ove nol faccia, può il debitore impugnare gli atti di espropria, e l'espropriante vi perde la spesa. Ma ove il debitore nol faccia succede contro di lui il giudicato. E come il concreditore non è in danno, dacchè per effetto del ipotecaria, può obbligare il possessore a pagarlo, od a rilasciare il fondo, manca l' altro motivo ad ammetterlo opponente, e convellere il giudicato: metodo, che a lui non giova, e pregiudica solo all' aggiudicatario. Dappoicchè annullati gli atti di espropria, come si è fatto colla seconda decisione, la roba ritorna,

ov' era prima, col bisogno di un nuovo giudizio, ed altre spese. Ma è del dovere del giudice diminuir le liti, e rispettare i giudicati, il che non si è fatto colle due successive decisioni denunciate alla corte suprema.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla le decisioni impugnate; e rimettendo le cose nello stato ad esse precedenti, rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera, ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 2. Nondimeno la parte indivisa di un
» coerede negl' immobili di una eredità non
» può esser posta in vendita da' suoi credi-
» tori particolari prima della divisione o dell'
» incanto che questi possono dimandare se
» vogliono, o ne' quali hanno dritto d'in-
» tervenire, in conformità dell' articolo 802
» del titolo delle successioni. *Art.* 2106.
» *Leg. civ.*

» Se non si può ricorrere, dicea il tribuno Labary al corpo legislativo di Parigi, che su i beni di cui il debitore ha la proprietà o l'usufrutto, è evidente che la parte indivisa di un coerede nei stabili di una successione non può esser messa in vendita da'suoi creditori personali prima della divisione o licitazione.

» Come in fatti conoscer si potrebbe questa parte indivisa nei fondi posseduti in comune dai diversi coeredi, poichè i di loro dritti non sono definitivamente regolati, i di loro contingenti non sono conosciuti, valutati, ed assegnati a ciascuno di essi, che mediante il risultato della licitazione o divisione?

» Ora se fosse impossibile, prima di queste preventive operazioni, di conoscere, ed apprezzare la parte indivisa del coerede debitore, qual saria il mezzo da provocarne la vendita contro di lui?

» D'altronde, da una parte, il creditore personale, che il progetto quì distingue dal creditore ipotecario o privilegiato, non ha come quest'ultimo l'azione reale su i fondi del suo debitore, ancora meno su di quelli di una successione indivisa tra questo debitore, ed altri coeredi.

» Dall'altra parte questi stabili non sono, propriamente parlando, nel possesso del coerede debitore: debbono essere considerati a suo riguardo come se fossero posseduti dai terzi. Ora il creditore che ha solamente l'azione personale non può seguire i stabili, che si trovano in mano dei terzi possessori.

» Si potrebbe finalmente dire che durante la comunione, il suo debitore non è veramente nè proprietario, nè usufruttuario, poichè non può divenirlo senza far cessare la comunione.

» Ma si è detto, se il coerede ha un dritto acquistato, questo per necessità dee produrre qualche effetto. Ora se non può essere spropriato in questa circostanza, ne risulta una contraddizione evidente tra la disposizione del presente articolo 2205 (2106) e 'l 2204 (2105).

» Rispondo, che questo coerede avea certamente un dritto qualunque su di questi fondi sino alla concorrenza della porzione alla quale aspira nella successione; ma questo non avendo un oggetto fisso, e determinato sul quale possa riposare, nulla ha di reale ancora, e di effettivo.

» Rispondo che il suo dritto si limita unicamente ad un godimento momentaneo, il quale non è nè distinto nè separato da quello de' suoi coeredi, o per meglio dire, ad una porzione indeterminata nel godimento comune; porzione che spesso nemmeno percepisce, e che si confonde quasi sempre nella massa ereditaria sino al momento in cui la divisione è consumata.

» Rispondo infine che finchè i beni tutti posseduti in comune non siano licitati o divisi, è incerto se questo o quell'altro fondo, quella o quell'altra porzione di stabile apparterrà al coerede debitore; se non riporterà per sua porzione una somma di denaro in vece di un corpo ereditario; se ancora dopo la precapienza dei debiti della successione, rimarrà qualche parte sulla quale possa esercitare i suoi dritti.

» Conviene ancora in simili occorrenze che il creditore personale attenda alla circostanza la quale consolidar dee la proprietà e l'usufrutto nella persona del suo debitore, per poter dirigere contro di lui la sua istanza di spropriazione.

» Così per affrettare questo avvenimento l'articolo medesimo gli riserba il dritto di

provocare intanto la divisione, ed anche d' intervenirvi, in conformità dell'articolo 882 (802) del titolo delle successioni. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 107.

Nella corte d'appello di Colmar si promosse il dubbio se possa mandarsi ad effetto una spropriazione sino a che gl'immobili indivisi, contro de' quali sono diretti i procedimenti, non siano stati divisi. Risultò la negativa con decisione de' 17 frimale anno 13.

» *Fatto*. Giovanni Broc, negoziante a Giromagny, creditore ipotecario di Thiebaut Clerc della somma di 230 franchi, 98 centesimi, dopo un precetto di 30 giorni, fa sequestrare gl'immobili del suo debitore: fa apporre degli avvisi che pel 19 pratile, anno 12, annunciano la vendita mediante spropriazione forzata, innanzi al tribunale di Befort, della casa, granajo, stalle e dipendenze, campi, prati, ec. indicati nelle cedole divise in 38 articoli.

» All'udienza del mentovato giorno, 9 patile, si presentano differenti particolari, i quali formano delle domande in rivendicazione, e tra gli altri il signor Michele Hattier, tutore de' figli minori del primo matrimonio di Thiebaut Clerc parte sequestrata

» Esso riclama gl'immobili specificati negli articoli 2, 6, 7, 13 e 15 nella totalità, e metà degli articoli 20 e 36, come appartenente a' suoi minori a titolo di acquisto fatto durante la comunione della loro madre col nominato Clerc loro padre.

» Di più domanda gli articoli 1, 4, 5 ed altri, e la metà degli articoli 20 e 36, come proprj a' detti minori, parte della loro madre, a' termini dell'inventario della eredità, del 9 vendemmiale, anno 9.

» In virtù di una prima sentenza, i giudici di prima istanza, dopo pronunziata la contumacia contro la parte sequestrata decotta, ed ammesse differenti domande in rivendicazione, a riguardo delle quali non vi è più alcuna contestazione in causa di appello, ordinarono che il terzo degl'immobili degli articoli 2, 6, 7, 15 e metà degli articoli 20 e 36 fossero didistratti a profitto del tutore; ma che l'articolo 13, la casa e dipendenze, fosse venduto in totalità, salvo al tutore a provvedersi dell'ordine pel terzo del prezzo.

» Quanto alla rivendicazione degli art. 1, 4, 5, ec. ordinarono che la causa fosse inscritta in ruolo per essere discussa e giudicata all'udienza.

» Mediante una seconda sentenza, dopo di avere di nuovo pronunziata la contumacia contro il sequestrato ordinarono che si procedesse in seguito all'asta de' beni non rivendicati.

» Infine, una terza sentenza dello stesso giorno contiene le obblazioni e le aggiudicazioni.

» Appellazione in causa di nullità delle menzionate tre sentenze, dalla parte di Thiebaut Clerc, il quale fece citare tanto il nominato Broc, attore perseguente, quanto gli aggiudicatarj.

» Egli si appoggiò a questo, che non era stata ordinata la distrazione della totalità dei beni rivendicati dal tutore Hattier, come appartenente indivisamente ad esso appellante ed a' suoi figli, come lo vogliono gli articoli 1476 e 2205 del codice civile.

» I motivi dell'appellante si trovano esposti nella seguente decisione.

» I convenuti hanno primieramente opposto al sequestrato il difetto di qualità, la quale essi hanno fatto risultare da ciò, che l'appellazione nen avrebbe potuto essere interposta dal tutore il quale, certamente non si è prevaluto di tal mezzo; perciocchè il consiglio di famiglia non avrà creduto doverlo autorizzare.

» In merito essi hanno opposto l'art. 2208 del codice civile, e preteso d'altronde, che non ordinando la sentenza se non la vendita dei due terzi, ovvero della metà di ogni immobile, ha lasciato intatto il terzo, ovvero la metà, la quale potrebbe essere devoluta ai minori.

» La corte considerando, quanto alla mancanza di qualità dedotta contro all'appellante, che per verità il tutore è quegli che ha promossa la rivendicazione in prima istanza, e che l'appellante non vi era stato chiamato che come difensore, o piuttosto per assistere alla causa: ma se in luogo d'incorrere la contumacia, egli si fosse presentato, avrebbe potuto aderire alla domanda del tutore, sia come usufruttuario, sia come padre socio dei

suoi figli, godente in comune dei beni indivisi della lor madre: sotto questo punto di vista, egli aveva lo stesso interesse che i suoi figli alla rivendicazione: egli dunque aveva qualità per appellare, quanta ne aveva il tutore; ed il silenzio di questi, di cui non si saprebbe indovinare il motivo, non può nuocere all' appellante, nè pregiudicare ai suoi diritti, i quali sono rimasti riservati.

» Considerando sostanzialmente, ossia nel merito che risulta dal complesso, e dalla combinazione degli articoli 2205 e 1476 del codice civile, concepiti in questi termini. . .

» Che i creditori non possono spropriare i loro debitori delle loro parti indivise, sia in una eredità, sia in una comunione prima della divisione, salvo ad essi il diritto di provocarla; che l' art. 2208, il quale oppongono i convenuti non è applicabile; e porta. . .

» Il caso di quest' articolo ha luogo, allorchè la comunione sussiste ancora, e la moglie è obbligata; lo che nel caso non esiste.

» Ciò posto, considerando che gli articoli non divisi, ed i quali erano rivendicati, dovevano essere distratti in totalità, e che solamente dopo la divisione i creditori possono provocare che sia posta in vendita la porzione della cosa sequestrata. Ora, nel caso particolare, i giudici *a quo*, dopo di avere soprasseduto in quanto agli immobili portati dalla defunta madre dei minori, e differita l' udienza a questo riguardo, in luogo di soprassedere egualmente dalla vendita dei beni della comunione, ovvero di ordinarne la distrazione in totalità, salva la provocazione per la divisione, essi non ordinarono che la distrazione del terzo, ed a riguardo della casa specificata sotto il numero 13, che sarebbe venduta in totalità come indivisibile, salvi i diritti del tutore nell' ordine sul prezzo per la metà: ed in cotal guisa ebbe luogo la vendita.

» Considerando che li giudici *a quo* son caduti evidentemente in errore. Essi hanno primieramente violati gli articoli 2205, e 1476 del codice civile: poichè i due terzi ovvero la metà spettante al sequestrato, nei beni della comunione, non potevano essere venduti che dopo la divisione ovvero la licitazione. Si sono egualmente allontanati dalle leggi concernenti l' alienazione de' beni de' minori, ordinando la vendita nel totale della casa, sotto pretesto d' indivisibilità; mentre se si fosse aspettato l' avvenimento della divisione ovvero della licitazione, questa casa sarebbe forse devoluta per intiero ai figli: e che in tutti i casi non si aveva potuto ordinare la vendita, a meno che non si avesse fatta constare legalmente della pretesa indivisibilità.

» Considerando d' altronde, che altresì invalidamente venne ordinata la vendita degli articoli non rivendicati; ciò che nel senso dei giudici *a quo* comprende i due terzi dei beni della comunione. Era sufficiente che i detti beni fossero stati rivendicati in totalità dal tutore, purchè non si avesse potuto procedere alla loro vendita: ella è questa la disposizione formale dell' art. 29 della legge del 11 brumale, anno 7, così concepito. . . La sentenza è adunque nulla sotto questo rapporto; e l' aggiudicazione, la quale non è che la conseguenza, partecipa della stessa nullità.

» Considerando essere un errore l' asserire che la sentenza, non ordinando se non se la vendita dei due terzi, ovvero della metà di ciascun immobile, ha lasciato intatto il terzo, ovvero la metà che poteva toccare ai figli; e che in tal modo non l' intendono i citati articoli del codice civile. Evvi infatti una gran differenza di risultati per l' interesse delle parti, ed anche dei creditori, tra questa maniera di vendere, e la divisione o la licitazione preliminare, della quale parla il legislatore. In quest' ultimo caso l' operazione principale, allorquando si tratta sopra tutto di beni di una comunione, non ha luogo che rispetto a due parti, ciascuna delle quali può essere composta di uno o molti *tutto*, e nel caso particolare la cosa poteva cadere in quella de' figli, o con *giunta*, ovvero senza, e conservando ciascun oggetto il suo valore integrale; in luogo che nell' altro caso addottato dai giudici *a quo*, accaderebbe, se potesse avervi luogo, che i minori sarebbero obbligati ad entrare in divisione cogli acquirenti per cadaun capo d' immobile, ovvero procedere ad altrettante licitazioni, a sostener tante liti quanti vi sono acquirenti, e veder dividere all' infinito ciò che avrebbe potuto essere

riunito, e che essi non ne avrebbero avuto la menoma parte in natura nella casa, ec., ec.

» Senza arrestarsi ai motivi d'inammissibilità nè alla mancanza di qualità, pronunciando sopra l'appellazione, dice che si è proceduto male, ed invalidamente, male deciso ed aggiudicato, tanto dalla sentenza pronunciata sulla domanda in rivendicazione del tutore Hattier, perchè non si è ordinata la distrazione della totalità de'beni da esso rivendicati, come appartenenti indivisamente all'appellante ed a' suoi minori, quanto da quella dalla quale è stato ordinato che si proceda alla vendita degli articoli non rivendicati, ed infine da quella di aggiudicazione. Emendando, dice, che gli articoli 2, 6, 7, 15, 20 e 26, saranno distratti in totalità, salvo al perseguente l'esercitare i diritti sulla parte che potrà essere devoluta all'appellante dopo la divisione, ec.

Nella corte d'appello di Grenoble con decisione de'20 pratile anno 13 si adottò inoltre la massima che il creditore attore dee provare la licitazione anteriore dei beni indivisi col debitore che è in possesso, allorchè questi non provengono da una eredità.

» *Fatto*. Luigi Anglés creditore di Jossand in una somma di 25,102 lire, lo escute in via di spropriazione forzata.

» L'aggiudicazione ha luogo avanti il tribunale civile di Gap, per sentenza delli 10 fruttidoro, anno 12, a favore di Andrea Escalier.

» Jossand, debitore in possesso, non essendo comparso a questa sentenza, ha interposta l'appellazione tanto contro il creditore provocante che contro l'aggiudicatario.

» Esso propone cinque principali nullità.

» Fonda la prima su ciò, che due dei fratelli di Jossand erano conproprietarj di due dodicesimi degli immobili aggiudicati, come lo provano i fatti del processo, e l'intervento che questi vi hanno prestato.

» Egli ha per questo oggetto invocato l'articolo 2205 del codice civile portante » che la parte indivisa di un coerede negl'immobili di una eredità non può esser posta in vendita da' suoi creditori particolari prima della divisione e della licitazione che questi possono provocare ». D'ond'ei conclude, che non avendo Anglés anteriormente fatto procedere ad una divisione per far cessare l'indivisione, non avevano potuto esser venduti i beni comuni: la spropriazione è dunque nulla *ipso facto*.

» La seconda si fonda su ciò, che l'aggiudicazione comprende un fondo su cui il signor Anglés non aveva ipoteca; poichè Jossand l'aveva acquistato dopo la iscrizione d'Anglés. A' termini dell'articolo 2209, non può un creditore provocare la vendita degl'immobili che non sono ipotecati in suo favore, se non nel caso d'insufficienza di beni ipotecati. Or non era evidente questa insufficienza; è dunque stato violato questo articolo.

» Egli ha fondata la terza nullità su ciò, che Anglés aveva fatto vendere tre articoli d'immobili, che Jossand aveva già venduti a Picot li 23 ventoso, an. 11 - Egli ha invocato l'articolo 2204, portante che il creditore non può provocare la vendita che degl'immobili appartenenti al suo debitore. Ne ha tirato la conseguenza che, poichè questi tre fondi non erano più nelle mani di Jossand, ma in quelle di Picot, Anglés avrebbe dovuto provocarne la vendita contro il detentore nelle forme prescritte dagli articoli 2169 e seg.

» La quarta risulta da ciò, che Anglés non aveva dato copia con ordine della cedola ordinatoria formante il suo titolo; ma l'aveva data solamente della sentenza di condanna, quale non era che la dichiarazione del suo diritto (art. 2 della legge seconda 11 brumale anno 7).

» La quinta nullità finalmente deriva da ciò che Margarita Ribail moglie di Pietro Jossand e sua creditrice inscritta per la sua costituzione dotale, non è stata autorizzata nè da suo marito, nè dal tribunale di Gap quando è stata pronunciata la sentenza da cui si è appellato - Trovasi negli affissi la prova che la moglie Ribail è stata citata alla vendita come creditrice di suo marito; ma in niuna parte trovasi che la sentenza abbia fatto menzione che suo marito l'abbia autorizzata, nè che l'abbia sul di lui rifiuto autorizzata il tribunale. Questa autorizzazione era però indispensabile: perchè rigorosamente prescritta dagli articoli 215 e 218 del codice civile.

» La risposta dei convenuti a ciascuna di queste prove di nullità contro l'aggiudicazione dei beni dell'appellante si trova perfettamente fissata nella seguente decisione.

» Considerando sulla prima ragione di nullità, esser verificato nel processo che Pietro Jossand aveva nell'anno 5 trattato con quattro de' di lui fratelli sulle loro porzioni ereditarie: che se Clemente e Domenico, due fratelli del detto Jossand, non hanno avuto veste in questo contratto, vi ha presunzione che sieno stati indennizzati, poichè Pietro solo godeva dei beni spropriati contro di lui; che così Anglés non ha provocato la vendita della parte indivisa di Pietro Jossand negl' immobili di suo padre e madre, di modo che l'articolo 2205 non è applicabile al caso della causa; tanto più che gli aggiudicatarj si trovano naturalmente incaricati di far fronte all'ammontare delle porzioni coereditarie che non fossero state pagate, salvo il regresso contro il debitore, il che rende l'appellante disinteressato nella sua eccezione.

» Considerando nella seconda, che quantunque la inscrizione del credito del signor Anglés non si porti sul venticinquesimo articolo dell' avviso, egli ha potuto provocarne la vendita, attesa la insufficienza degli altri per far fronte all'ammontare delle inscrizioni che arrivavano a 25,132 lire.

» Considerando sulla terza che Pietro Jossand è senza veste del pari che senza interesse onde opporsi. Se Picot è acquirente, egli solo poteva prima dell'aggiudicazione domandare la rivendicazione dell' immobile da lui acquistato, tutto com'egli lo porta per dieci anni a contare dalla trascrizione della sentenza. D'altronde non essendo stata prima dell' aggiudicazione trascritta la vendita pretesa a Picot, non potrebbe essere opposta al signor Anglés secondo la disposizione dell' articolo 26. tit. 2. della prima legge di brumale, anno 7.

» Considerando sulla quarta che il signor Anglés non è stato obbligato a dar copia del biglietto d' ordine che conteneva il suo credito, non ordinando la legge se non la trascrizione del titolo esecutivo, il che non può riportarsi che ad una sentenza di condanna, quale è veramente il titolo esecutivo.

» Considerando sulla quinta, che Margarita Ribail, moglie di Pietro Iossand, non ha veste nel giudizio di aggiudicazione, e ch' ella non figura nella causa che come attrice indiretta, nella quale qualità le era stata notificata la' cedola della vendita; che non essendo comparsa all' aggiudicazione per fare qualche domanda od offerta, non dee il signor Anglés richiedere per essa l' autorizzazione giudiziale, la quale non è necessaria che quando la moglie sta in giudizio o per agire o per difendersi; che d'altronde la sentenza di aggiudicazione non toccando il suo interesse personale, non può il di lei marito essere ammesso più che lo sarebbe ella stessa, per querelarsi.

» In forza di questi motivi:

» Sentito il procurator generale imperiale nelle sue conclusioni motivate;

» La corte,

» Non avuto riguardo ec., annulla l'appellazione: ordina che la sentenza dalla quale si è appellato abbia ec.

» §. 3. Gl' immobili di un minore anche » emancipato, o di un interdetto, non possono esser posti in vendita pria della di» scussione de' beni mobili. *Art.* 2107. *Leg. civ.*

» Il favore dovuto ed al minore che non gode di tutta la sua ragione, ed all'interdetto che non può farne uso, implorava » dice Labary » una eccezione sul di loro interesse; poichè sono soggetti ad essere spropriati come i maggiori, per effetto delle obbligazioni alle quali sono tenuti.

» Ora il legislatore poteva ad essi negarla? No: mentre la sua cura si estende sopra tutti coloro che l'età o la debolezza espone ad esser lesi o ingannati; dovendo garantirli col suo scudo, proteggere i proprj dritti, che non possono da loro stessi difendere, ed in conseguenza esentarli da una istanza troppo rigorosa per parte dei loro creditori.

» Tale è l' oggetto contenuto nel presente articolo, che dispone non potersi mettere in vendita i loro stabili prima della discussione del mobile.

» Mediante così utile precauzione resteranno al coverto i dritti dei creditori. Il minore, e l'interdetto non saranno espropriati dei loro stabili quando il prodotto dei mobili potrà stare avanti alle di loro obbligazioni; e

se questo prodotto non può bastarvi, vi contribuirà finalmente sino alla concorrenza del suo valore. La discussione del mobile sarà dunque vantaggiosa in due modi; preverrà la dilapidazione, ed il prezzo sarà impiegato al pagamento dei debiti. *Esposizione dei motivi sul cod. civ. n.* 107.

L'articolo in esame che proibisce di mettere in vendita i stabili di un minore prima della discussione de' beni mobili, interdice egualmente il dritto di pignorarli?

Il creditore può egli non fare questa preliminare discussione, sotto il pretesto che i beni mobili sieno insufficienti?

Se i beni mobili sono stati discussi, ma che il prodotto sia insufficiente, il creditore può egli rifiutare un pagamento parziale, ed opporsi alla divisione del debito?

» La prima di queste quistioni, risponde Persil, era risoluta colle disposizioni addizionali proposte dal tribunato, ma niuna di queste addizioni essendo stata adottata, bisogna sempre riferirsi all'articolo 2206 (2107) il solo che parla della discussione de' beni mobili appartenenti a'minori. Ora questo articolo interdice solamente di porsi in vendita i beni de'minori prima della discussione de' suoi mobili; ciocchè ha fatto dire al signor Tarrible, che nulla impediva che il creditore facesse un precetto per espropriazione forzata anche prima della discussione de' beni mobili.

» Noi anderemo anche più oltre di questo abile giureconsulto. Noi crediamo che non solamente il creditore possa fare un precetto, ma che ha pure il dritto di pignorare; e che solamente la vendita sarà sospesa durante la discussione de'beni mobili, e fino a che siasi dimostrato essere stata questa discussione insufficiente a pagare il creditore.

» Questa interpetrazione risulta chiaramente dal testo istesso dell'articolo 2206 (2103) così concepito: » Gl'immobili di un minore, anche emancipato, o di un interdetto, non possono esser posti in vendita prima della discussione de' beni mobili. »

» Questo articolo, come si vede, sospende solo che siano posti in vendita; non impedisce nè il precetto nè il pignoramento: quindi bisogna conchiudere che l'uno e l'altro possono aver luogo prima o durante la discussione. Se altrimenti fosse, il creditore potrebbe esser vittima della protezione che la legge accorda al minore, e da tal ritardo risulterebbe sempre un pregiudizio notabile. Del rimanente questo è quanto fissava una decisione di regolamento proferita a Clermont nel mese di gennajo 1666 esigendo la discussione, non già prima del pignoramento, ma solamente prima dell' aggiudicazione.

» Si obietterà forse, che il permettere di pignorare prima della discussione, è lo stesso di esporre il minore a spese considerevoli, spesso inutili; perchè se accade che la discussione de'beni mobili somministri il mezzo da pagare il creditore, bisognerà abbandonare il procedimento di spropriazione.

» Questa obbiezione non mi sembra di alcun peso. Se non vi fosse, che il minore ed il creditore, essa potrebbe sembrar giusta; perchè supponendo che il pignoramento fosse stato inutile, si rimprovererebbe sempre al creditore di aver fatto una procedura cotanto dispendiosa con soverchia precipitanza. Allora le spese rimarrebbero a suo carico, perchè tra il creditore ed il minore; ed il favore accordato a costui dovrebbe necessariamente prevalere.

» Ma se i beni mobili sono discussi; se io prosieguo, o anche durante la discussione, gl'immobili sono stati pignorati, il tutore ne è imputabile: egli avrebbe dovuto, allorchè i beni mobili erano sufficienti per pagare i debiti, prender de' mezzi onde impedire le spese, ed evitare soprattutto il pignoramento degl'immobili. Il minore a lui dove indirizzarsi per lo rimborso delle spese che inutilmente sono state fatte.

» Così dunque, sotto verun pretesto il pignoramento degl'immobili può essere impedito; solamente l'aggiudicazione dovrà rimaner sospesa fin dopo la discussione de'beni mobili.

» La seconda quistione sembrebbe di dover presentare qualche difficoltà, soprattutto secondo quello che abbiamo già detto, che allorquando l'immobile ipotecato è riconosciuto insufficiente, non vi è bisogno di discuterlo prima di passare al pignoramento degli altri fondi del debitore. Per identità di ragione non si potrebbe dire che la insufficienza de'

beni mobili essendo giustificata dall'inventario, il creditore potrebbe subito passare al pignoramento de' fondi, senza l'anticipata discussione de' mobili?

» Io non saprei tuttavia persuadermelo. Evvi questa differenza tra la discussione dell' immobile ipotecato, e questa de' mobili, che l'articolo 2209 (2110) che parla della prima, accorda positivamente il dritto di ricorrere a' beni non ipotecati nel solo caso d'insufficienza degli altri; mentrechè l'articolo 2206 (2107) stabilisce la necessità della discussione de' beni mobili, la prescrive in tutt' i casi senza distinguere se questi beni mobili sieno sufficienti o no.

» Si può d'altronde darne queste ragioni: 1. che la discussione de' beni mobili costa ordinariamente poco, mentrechè il pignoramento degl' immobili, sempre lungo e dispendioso rovina ordinariamente il debitore: che allora val meglio trascurare il pignoramento degl' immobili ipotecati, riconosciuti insufficienti, per procedere ad un solo pignoramento, che soddisfare il creditore di tutti i suoi dritti:

» 2. Il valore dell' immobile ipotecato può facilmente essere riconosciuto coll'osservarsi la matrice del ruolo, o per mezzo de' contratti di affitto non sospetti: invece, il valore de' beni mobili, sempre incerto, perchè dipende spesso dal capriccio o dalla moda, non può mai essere determinato in una maniera sicura. Dippiù, supponendo che si potesse ben giudicare de' mobili sistenti nel tempo dello stabilimento della tutela, come conoscere ed apprezzare quei caduti in sorte di poi al minore?

» Tutte queste considerazioni ci portano dunque a pensare che la discussione de' beni mobili, qualunque sia, deve aver luogo prima dell' aggiudicazione, e che il creditore non sarebbe ammesso a porre gli stabili in vendita, se non dopo aver giustificata questa discussione, sia col processo verbale di sequestro, di vendita, e di distribuzione del danaro, sia co' processi verbali che ne provino la mancanza.

» L'ultima difficoltà non può essere elevata se non da un creditore capriccioso, il quale dopo aver discusso i beni mobili, non ha trovato come covrire i suoi dritti. Irritato da questa circostanza vorrebbe vendicarsi contro de' beni stabili del minore, non per quello che gli resta dovendo, ma per la totalità del suo credito, col pretesto che non può esser costretto a riceverlo parzialmente.

» In appoggio della sua pretensione, egli potrebbe invocare l'articolo 1244 (1197) così concepito: » Il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito ancorchè divisibile.» Forzarmi a ricevere quello che risulta dalla discussione de' beni mobili, potrebbe egli dire, è lo stesso che forzarmi a dividere il debito; è costringermi a riceverlo parzialmente: ora l'articolo 1244 (1197) mi autorizza ricusare questo pagamento parziale.

» Nondimeno noi non temiamo di avanzare che il suo rifiuto sia mal fondato. Ordinariamente autorizzato a ricusare un pagamento parziale, il creditore deve sempre riceverlo, allorchè il debitore trovasi nello stato di fallimento o di decozione; questo è ciò che fa intendere l'articolo 1270 (1224) allorchè dichiara che la cessione de' beni non libera il debitore, se non per la concorrenza de' beni ceduti. In questo caso il creditore riceve un pagamento parziale, poichè la legge dichiara il debitore liberato per la equivalente somma.

» Ora la discussione de' beni mobili annunzia una decozione; essa equivale ad una vera cessione, poichè dà luogo alla vendita di questi mobili, alla distribuzione del valore di essi, ed a tutti gli altri effetti della decozione; essa dunque deve pure liberare il debitore fino alla concorrenza de' beni venduti. *Persil Quistioni sull' espropriazione Vol. 4. sezione 2. §. 2.*

L'aggiudicazione de' beni stabili di un minore, o di un interdetto, fatta prima della discussione de' beni mobili prescritta coll'articolo 2206 (2107) è dessa radicalmente nulla?

» Il medesimo giureconsulto risponde a siffatta quistione, che seguendo i principj generali del dritto, l'affermativa dovrebb' essere adottata. Si conoscono le disposizioni delle leggi romane e 'l sentimento degli autori in materia di nullità.

» La *L. 5. cod. de leg.* portava: ***Ea quae lege fieri prohibetur si fuerint fa-***

cta non solum inutilia sed pro infectis etiam habentur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter *dixerit inutile debere quod factum est.*

» Domat, nelle sue leggi civili, sviluppando questo testo con frammento di Ulpiano soggiugne: » La legge sarebbe troppo imperfetta, se non annullasse ciò che è fatto contro il suo divieto, e lasciasse impunita la contravvenzione.

» Molineo, sulla *L.* 1. *D. de verb. oblig.* si spiega ancora d'una maniera più positiva. Se la legge, egli dice, volendo proibire qualche cosa, o qualche atto, si serve della espressione *non può*, si reputa ch' ella colpisca di nullità assoluta tutto ciò che è l' oggetto della sua proibizione: *Negativa praeposita verbo* potest, *tollit potentiam juris et facti et inducit necessitatem praecisam*, *designans actum impossibilem*.

» E questa teoria di Molineo parrebbe tanto più riferirsi alla nostra quistione, che l' articolo 2206, (2107) porta: » gl' immobili di un minore anche emancipato, o di un interdetto, non possono esser posti in vendita prima della discussione de' beni mobili. » Dal che bisognerebbe conchiudere, che l' aggiudicazione fatta prima di questa discussione è radicalmente nulla.

» Intanto il consiglio di stato sembra avere adottato un sentimento opposto. Nella seduta del 12 ventoso anno 12 aveva ammesso un articolo che non lasciava alcun dubbio: esso è così concepito: » L'aggiudicazione dell' immobile di un minore, o di un interdetto, senza discussione de' suoi beni mobili, non può essere annullata, che per quanto fosse provato che nell' epoca degli affissi il minore, o l' interdetto, aveva de' mobili o del danaro sufficiente per soddisfare il debito ». l'azione di nullità non può essere sperimentata, dopo l' anno, dal giorno in cui hanno acquistato o ricuperato l'esercizio de'loro dritti».

» Risulterebbe chiaramente da ciò che l'aggiudicazione sarebbe annullata tutte le volte che fosse provato, che la discussione de' beni mobili abbia impedito la spropriazione degl'immobili. Ma il tribunato trovò questo articolo non conveniente, e ne domandò la soppressione.

» Il tribunato, diceva il signor Threillard, rendendo conto delle conferenze tenute con questo corpo, domanda la soppressione dell' articolo 5 che crede inutile e pericolosa.

» La sua disposizione è inutile, perchè non si passa agli stabili se non dopo aver discusso i beni mobili, e la presenza del tutore garantisce che quest' ordine non sarà invertito.

» Essa è pericolosa, perchè, se gli acquirenti si veggono esposti ad una spropriazione, compreranno ad un prezzo più basso. La sezione adotta questa osservazione, e l' articolo viene soppresso.

» Questa soppressione non permette di dubitare, che l' aggiudicazione non sia valida, ancorchè essa sia stata fatta prima della discussione de' beni mobili. La buona fede de' terzi acquirenti, la confidenza che deve loro inspirare la presenza della giustizia, tutto concorre a dimostrare la validità di quest'aggiudicazione.

» Inutilmente si obietterebbe, che può risultarne una enorme lesione, un pregiudizio considerevole pel minore: questo pregiudizio è riparato col regresso del minore e dell' interdetto, sia contra il tutore, il quale non ha domandato la discussione de' beni mobili, o pure che non si è fatto autorizzare a prender danaro a prestito, o a vendere, affin di evitare le spese di una spropriazione; sia contro il creditore, il quale si è permesso di spogliare il minore di uno de' suoi stabili, allorchè doveva discuter prima i beni mobili: ma se questo creditore potesse provare, che la discussione de' beni mobili sarebbe stata inutile, perchè erano insufficienti, il regresso del minore non avrebbe effetto. In tal modo fu giudicato dal parlamento di Parigi in data del 30 maggio 1656. *Persil. Quistioni sull' espropriazione Vol* 4. *sezione* 2. §. 3.

La espressione *beni mobili* di cui fa uso il premesso articolo comprende anche li debiti attivi del minore; conseguentemente il di costui creditore non può procedere alla spropriazione forzata de' suoi stabili se prima non ha discusso li suoi debiti attivi. Massima osservata dalla corte imperiale di Torino con decisione de' 14 agosto 1811.

» *Fatto*. Il signor Guglielmini, creditore del minore Rossi procedè alla spropriazione de' suoi beni stabili, dopo di aver provato, che non esistevano beni mobili tra le mani del minore.

» In quest' epoca il minore agiva da sua parte pel ricupero di un credito di 70,000 franchi in circa contro il conte *Lambriasque*.

» Nel 25 maggio 1811, e prima di terminare la procedura di espropria, la corte imperiale di Torino accordò definitivamente al minore il montante del suo reclamo contro il conte di *Lambriasque*.

» Allora il minore Rossi fece offrire giudiziariamente al suo creditore, in concorrenza di ciò, che gli era dovuto, una porzione de' suoi dritti da esercitarsi contro il conte de-Lambriasque dimandando in conseguenza, di mettersi termine alla procedura di spropriazione, o di sospendersi, finchè il signor Guglielmini avesse discusso questo credito.

» Il minore poggiava la sua dimanda sull' art. 2206 cod. civ. il quale vuole espressamente, che sien discussi i *beni mobili* del minore, prima di procedersi alla spropriazione de' suoi stabili.

» Il signor Guglielmini rispondeva in primo luogo, che l' art. 2206 cod. civ. non poteva comprendere nella sua disposizione i debiti attivi del minore: sarebbe troppo oneroso pel creditore, egli diceva, di esser soggetto alla ricerca de' beni di questa natura, di essere obbligato a scovrire quei titoli, che si procurerebbe di nascondergli, e di non poter procedere alla discussione degl' immobili, che dopo di avere acquistata la certezza, che non esistono *debiti attivi*; certezza, che non potrebbe mai aversi.

» Da un' altra parte, soggiungea, supponendo anche, che la legge sottoponga il credito ad una condizione così dura, almeno è necessario, che il debito attivo esista tra le mani del minore, che si ritrovi anche nel suo patrimonio in un *modo certo* all' epoca, in cui la spropriazione è cominciata: giacchè se questo credito non esiste, o non è certo, non può imputarsi al creditore di non averlo discusso.

» Dopo che la spropriazione è incominciata, non è giusto, che un credito, il quale, posteriormente, è sopravvenuto al minore, o si è consolidato nelle sue mani, possa arrestare una procedura, togliere al creditore un bene, di cui è quasi in possesso, per sottoporlo a' pericoli di una nuova discussinne.

» Alla prima obiezione il minore Rossi replicava, che l' art. 2206 si era servito della espressione *beni mobili*, e che il senso di questa espressione era esattamente determinato dall' art. 535 cod. civile: - *Essa comprende*, dice questo articolo *generalmente tutto ciò che viene riputato mobile secondo le regole sopra stabilite*. Posto ciò, non è più permesso di dubitare, che l' art. 2203 abbia ordinato la discussione preventiva de' debiti attivi del minore, giacchè i suoi debiti sono mobili.

» Una sola considerazione potea distruggere la seconda objezione - Tutte le volte, che un debito attivo sopravviene al minore, prima che i suoi stabili sieno venduti, anche durante la loro spropriazione evvi conflitto d' interesse tra il creditore interessato, affinchè la spropriazione si termini, ed il minore interessato a conservare i suoi immobili. In questo conflitto l' interesse del minore dee vincerla.

» Decisione - La corte - In conformità delle conclusioni del signor Rocca, avvocato generale;

» Atteso da una parte 1, che il minore Rossi, appellante, è creditore del conte de Lambriasque in una somma considerevole, e più che sufficiente per soddisfare i crediti dell' appello; 2, per che la legittimità di questo credito è stata fissata in virtù di una decisione intervenuta nel 28 dello scorso maggio, e quindi più di 20 giorni prima della sentenza, di cui è appello, la quale porta la data del 19 giugno ultimo.

Attesocchè non è provato, dall' altra parte, che l' appellato, prima d' intraprendere il sequestro degl' immobili, abbia regolarmente discusso questo credito, che fa senza dubbio parte dei beni mobili del appellante. . . . . annulla ciò di cui è appello, e facendo quel che i primi giudici avrebber dovuto fare, dichiara, che si sospenda la continuazione degli atti di espropria intentata contro l' appellante.

» §. 4. Non è necessario che la discussio-
» ne de' beni mobili preceda la spropriazione
» degl' immobili posseduti per indiviso tra
» un maggiore ed un minore, o un inter-
» detto, se il debito sia comune fra essi:
» nè parimenti è necessario nel caso ove le
» istanze giudiziali sieno state da principio
» proposte contra un maggiore, ovvero pri-
» ma della interdizione. *Art.* 2108. *Leg. civ.*

» Questa discussione, osserva il tribuno Lahary, non sarà richiesta prima della spropriazione 1.° se i stabili sono posseduti in comune tra un maggiore ed un minore o un interdetto; 2.° se il debito è comune; 3.° se le istanze siansi incominciate contro un maggiore o un interdetto. Non vi è cosa più giusta, ed equa.

» Si comprende che il minore o interdetto essendo nei casi di comunione con un maggiore, ed essendo i loro dritti confusi, quest' ultimo non ha potuto agire per lui senza agire per essi; che quanto questo socio ha fatto a pro, o contro l'interesse comune, dee giovare egualmente o nuocere al suo socio; che lo stesso è da dirsi del maggiore il quale avendo avuto prima della sua interdizione la facoltà di provvedere ai suoi dritti, non può giustificare la sua negligenza con un avvenimento posteriore: per conseguenza la spropriazione dei stabili dev' essere richiesta contro di essi in tutto il rigore delle forme, senza la preventiva discussione del loro mobile. *Esposizione dei motivi sul cod. civ. n.* 107.

» §. 5. Per la spropriazione degl' immobili
» che fanno parte della comunione, si pro-
» cede contra il solo marito debitore, quan-
» tunque la moglie sia obbligata al debito.

» Per la spropriazione degl' immobili del-
» la moglie, che non sono stati posti in co-
» munione, si procede contra il marito e la
» moglie, la quale se il marito ricusi d' in-
» tervenire con lei nel giudizio, o se egli sia
» minore, può essere autorizzata dal giudice.

» Nel caso che il marito e la moglie sie-
» no entrambi di età minore, o che la sola
» moglie sia minore, se il marito di età mag-
» giore ricusi d' intervenire con lei nel giu-
» dizio, le viene destinato dal tribunale un
» tutore, contra cui si propone l'istanza. *Art.*
» 2109. *Leg. civ.*

» Gl' interessi della donna maritata, al dir del tribuno Lahary, sono egualmente sacri come quelli del minore o dell' interdetto. Debole, e dipendente com' essi, ella non è meno, benchè dotata di senno e di ragione, nei vincoli di una specie d' interdizione.

» Indarno la sua ragione la illumina, e troppo spesso si sdegna in segreto di tale dipendenza: invano questa le sembra una specie di tirannia, non essendo che l' infelice appannaggio del suo sesso, e forse una delle sue prime virtù, quando vi si rassegna placidamente. La sua età matura, la purità de' suoi costumi, la cultura del suo spirito, la estenzione delle sue cognizioni la innalzerebbero inutilmente al di sopra della sua sfera, e sarebbero una garantia della savìezza delle sue procedure.

» Nè la sua età, istituzione, virtù, esperienza bastano per dirigerla in mezzo alle insidie, e scogli che circondano la sua fragile esistenza. Qualunque siano le sue qualità morali, è troppo vero che la debolezza, la sua bontà, la sua pericolosa sensibilità le rimangono sempre; e queste sono troppo inerenti alla sua natura perchè non possono mai sedurla, o abusarne. Son questi i veri nemici che incessantamente l' assediano, e contro i quali è indispensabile di difenderla senza sua scienza, ed anche contro la sua volontà.

» Quindi il codice civile l' ha collocata sotto lo scudo della legge, e sotto la tutela di suo marito. Ella nella vita civile non può dare un passo senza appoggiarsi ad un soccorso straniero: non può esercitare i suoi dritti, nè introdurre in giudizio le sue azioni senza un consulente o difensore speciale: in una parola non può obbligarsi, vendere, alienare o ipotecare i suoi beni, nè sotto il regime totale, nè sotto quello della comunione, che in casi infinitamente rari, e mai senza il consenso del marito, o l'autorizzazione della giustizia.

» Questa doppia e continua dipendenza ha senza dubbio qualche cosa di umiliante per l'amor proprio. Una consorte virtuosa però vi si sottomette, benedicendo la legge, che salva le sue proprietà dalla rovina che le minaccia, e salva lei stessa da ogni rischio. Eh! quanto una tale salvaguardia l' è d' altronde

utile e dispensabile! Vi si trova, ed ivi solamente può rinvenire la sua sicurezza, il suo riposo, la sua felicità, e tutti i vantaggi che gli promette il sacro vincolo del matrimonio.

» Riguardiamo quì ancora lei sola. Che mai sarà se i nostri sguardi rivolgeremo sulla famiglia, su i figli?

» La famiglia! Interessata alla conservazione dei beni, potrebbe essere ridotta all' ultima indigenza dalla poca avvertenza o prodigalità di una donna data in preda del suo pendio, o abbandonata alle sue sole ispirazioni.

» I figli de'quali una madre sempre esser dee la guida, e 'l modello, sariano infallibilmente trascinati alla indocilità, ed irriverenza verso i loro genitori, se mai si potesse dar loro il funesto esempio della indipendenza.

» Ammirabile previdenza della legge! Per l' onore, e la dignità del matrimonio, come per la felicità dei sposi ha ridotta la madre alla felice impotenza di nuocere a suoi figli, ed a se stessa!

» Per una conseguenza necessaria di queste verità, e di questi principj, ha dovuto dunque il legislatore, quì come altrove, invigilare agl' interessi della donna maritata, premunirla contro se stessa, prestarle il suo appoggio, ed esentarla in alcuni casi, come il minore e l' interdetto dalle rigorose istanze de'suoi creditori contro le quali lottar non potria sola con successo.

» Questo è quanto vien saviamente regolato dalla disposizione che la dispensa di assistere alla procedura di spropriazioue de' fondi della comunione; che incarica il solo marito di tal cura in quest'ultima circostanza, e che non vi assoggetta essa stessa (quando si tratta de'suoi proprj beni) che in presenza di suo marito o di un tutore, se sono entrambi minori; o finalmente sotto l'autorizzazione della giustizia, se il marito maggiore ricusi di procedere con lei. *Esposizione dei motivi sul cod. civ. n.* 107.

» §. 6. Il creditore non può chiedere la » vendita degl'immobili che non sono ipote» cati a suo favore, se non quando i beni » ipotecati pel suo credito fossero insufficienti. » *Art.* 2110. *Leg. civ.*

Il creditore che ha una ipoteca sopra beni riconosciuti insufficienti per lo pagamento del suo credito, non può egli spropriare i beni, che non gli sono ipotecati, se non dopo la discussione degli altri?

» L'affermativa, dice Persil, sembrerebbe risultare dall' articolo 2209 (2119) così concepito: » Il creditore non può chiedere la vendita degl' immobili che non sono ipotecati a suo favore. »

» Ciò posto si potrebbe credere che la insufficienza non essendo dimostrata di una maniera positiva se non dopo la discussione de' beni ipotecati, il creditore non può ricorrere agli altri che dopo di avere spropriati i primi.

» Intanto questa opinione ci sembrarebbe contraria a' principj dell' equità. Un creditore ha richiesto una ipoteca per migliorare la sua posizione per avere una garentia più certa. Intanto sarebbe più maltrattato di un semplice creditore chirografario, poichè non potrebbe, come questi, spropriare un immobile troppo considerevole per covrire i suoi dritti.

» Questa opinione favorevole in apparenza al debitore, ed agli altri interessati, ridonderebbe necessariamente contro i loro interessi. Obbligato di discutere l' immobile ipotecato, il creditore farebbe le spese di una prima spropriazione, senza poter dispensarsi di cominciare subito dopo una simile procedura; con ciò diminuirebbe dunque la garentia degli uni e degli altri, senza procurar loro diffinitivamente alcun vantaggio.

» Inoltre lo spirito della legge ripugna ad una tale interpetrazione. Si è voluto coll' articolo 2209 (2110) che il creditore non potesse arbitrariamente diminuire la garentia de' creditori chirografarj, e far vendere un fondo, allorchè egli era sicuro di esser pagato sul prodotto di quello che gli era specialmente ipotecato; ma la legge non ha potuto volere che il creditore che era stato ingannato fosse forzato di far le spese di una spropriazione, allorquando saprebbe anticipatamente, che il prodotto sarebbe insufficiente per soddisfare il suo credito.

» Inutilmente si direbbe che, accettando questa ipoteca, il creditore si è imposto l'

obbligo di discutere principalmente il fondo che ne è colpito; ciò sarebbe lo stesso che il sostenere che, prendendo questa ipoteca, il creditore abbia rinunziato alla obbligazione degli altri beni. Si sente che un simile ragionamento sarebbe troppo vizioso, per poter essere seriamente proposto. Risulta dunque da ciò, che appena il giudice, si sarà convinto della insufficienza de' beni ipotecati, egli potrà permettere di spropriare quelli non ipotecati al debito.

» Per giudicare della insufficienza, potrà appoggiarsi a' principj dell' articolo 2165 (2059) cioè stabilire il valore dell' immobile non secondo gli apprezzi, ma col moltiplicare quindici volte il valore della rendita risultante dalla matrice del ruolo fondiario per i fondi non soggetti a deperimento, e dieci volte per quelli che vi sono soggetti. Il giudice potrà ancora prevalersi de' rischiarimenti che possono risultare da' contratti di affitti non sospetti, da' processi verbali di apprezzo, ed altri atti simili. *Persil Quistioni sulle spropriazioni Vol.* 4. §. 3.

Nella corte d' appello di Brusselles si esaminò il caso se il creditore il quale abbia una ipoteca speciale sopra taluni beni del debitore, ed abbia inoltre il dritto di domandare un supplimento sopra l' universalità de' beni possa spropriar questi prima di aver escussi quelli specialmente gravati. Con decisione de' 3 pratile anno 12 si accolse la negativa.

» *Fatto*. Carlo Reyvaert, il 18 aprile 1788, consente, ed approva una costituzione di rendita a profitto di Giovanni Carlo Audenrogge, sul capitale di 10,500 franchi.

» Parecchi immobili vengono specialmente vincolati al pagamento della rendita.

» Ma inoltre il debitore promette più ampia ipoteca, ed obbliga pure la generalità de' suoi beni, in caso d' inesecuzione per di lui parte.

» Siccome Reyvaert era moroso al pagamento, così la vedova del creditore prende, li 25 vendemmiale anno 5, inscrizione anche su i beni non affetti alla speciale ipoteca.

» Il 2 pratile anno 12, ella fa dichiarare il suo titolo esecutivo dal tribunale civile di Gand.

» Dopo varj precetti essa assoggetta alla spropriazione forzata tutti i beni del debitore.

» Questi domanda la nullità delle procedure, atteso che le stesse cadevano sull' intiera massa de' suoi immobili, mentrechè quelli ch' erano stati specialmente affetti, erano più che sufficienti per soddisfare la creditrice.

» Cotesta domanda essendo stata rigettata dal tribunale civile di Furnes, i beni furon venduti pel prezzo di 36,000 franchi.

» L' avvocato Goujet-Deslandes discuteva in causa di appello i motivi sui quali la corte ha fondato il qui appresso decreto.

— » L' avvocato Deburck sosteneva a favore dall' appellata, che le procedure in via di spropriazione forzata erano regolari.

» Esaminando il contratto di costituzione di rendita, diceva egli, si rimane tosto convinto che Reyvaert aveva ipotecati, per soddisfare la rendita, non solo gl' immobili specialmente indicati, ma eziandio, in caso d' inesecuzione, tutti i suoi beni, acconsendendo pure di esservi astretto con tutti i mezzi coattivi o di arresto personale, autorizzati dall' uso.

» Ora Reyvaert non ha adempito all' impegno. Egli trovasi in mora da oltre a dodici anni. L' ipoteca generale che sembrava soprabbondante o condizionale, è divenuta necessaria. Alienando tutti i beni, non si fa che eseguire quell' obbligo ch' egli stesso erasi imposto.

» Dall' altra parte, se l' ipoteca fosse stata come l' appellante asserisce, limitata ad alcuni immobili, l' effetto della sentenza emanata dal tribunale civile di Gand, sarebbe stato di trasformarla in ipoteca legale, e per conseguenza di estenderla alla totalità de' beni.

» Perlochè la vedova Audenrogge è stata ragionevolmente investita del dritto di provocare la vendita forzata di tutti gl' immobili del suo debitore, sia per la di lui inesecuzione, sia in virtù di sentenza.

» Ora come vorrebb' egli il debitore ridurla alla sola ipoteca speciale espressa nel contratto, quand' egli ha lasciato accumular gli arretrati riguardo a tal somma: quando d' altronde colle sue opposizioni, co' suoi incidenti ed ostacoli, egli ha moltiplicate talmente le spese giudiziarie, che rimane incerto, se gl' immobili in tale contratto descrit-

ti possono procurarne il rimborso? Non è egli da preferirsi il procedere tosto ad una spropriazione generale, anzichè correre il rischio di essere astretto, in caso d'insufficienza del prodotto della prima, ad incoarne una seconda, tuttocchè dispendiosa, e di compiere così in vani dispendj la rovina del debitore?

» Attesocchè l'atto di costituzione di rendita, del 18 aprile 1788, contiene la indicazione degl' immobili sui quali la vendita è specialmente ipotecata.

» Attesocchè la ipoteca speciale vincola soltanto que' fondi sui quali è dessa assegnata, e fissa il diritto del creditore sopra un oggetto determinato;

» Atteso che il creditore, in cui vantaggio fu convenuta un'ipoteca speciale, è tenuto di escutere i beni sui quali la stessa è stabilita prima di rivolgersi agli altri beni del debitore, secondo la legge 9, *cod. de distractione pignorum. Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detrectantibus solutionem, bona fide debetis, et solemniter vendere. Ita enim apparebit, an ex praetio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quis decrit, non prohibemini caetera et iam bona, jure conventionis consequi.*

» Attesocche la legge dell' 11 brumale, anno 7, non ha derogato a questi principj, e che dall'esiger ella un titolo esecutivo per la vendita forzata dagl' immobili non ne segue ch' essa autorizzi la spropriazione degli immobili non affetti da questo titolo, prima di avere eseguita la ipoteca speciale;

» Che il principio di necessità della preventiva escussione de' beni specialmente ipotecati è parimente ammesso dall'articolo 2209 del codice civile, ove è detto, che il creditore non può agire per la vendita degl'immobili che non sono ipotecati al suo credito, fuorchè nel caso d' insufficienza di quelli che gli sono ipotecati;

» Che se tale disposizione del codice civile non è applicabile al caso particolare, come derivante da un contratto anteriore a detto codice civile non è applicabile al caso particolare, come derivante da un contratto anteriore a detto codice, tuttavia non è men certo ch'ella viene a consacrare con ciò un principio esistente, e d'altronde all'equità consentaneo ed alla giustizia conforme.

» Atteso che, apponendo il sigillo dell'esecuzione all' atto del 18 aprile 1788, il tribunale di Gand non gli accrebbe maggior forza ed estensione di quella che per se stesso egli avesse: che non fece che rivestirlo della forma necessaria ad essere giusta il suo tenore eseguito, senza conferire alla petente più ampia ipoteca di quella che aveva, e senza darle ipoteca giudiziaria, affin di autorizzarla a rivolgersi contro la totalità dei beni del di lei debitore;

» Atteso finalmente che la vedova Audenrogge poteva tanto meno agire per la vendita forzata di tutti i beni di Reyvaert, quantochè dai documenti della causa risulta, che gl' immobili specialmente ipotecati non erano di alcun altro peso gravati, fuorchè di una rendita sopra il capitale di 7,200 franchi, dovuta alla signora Ghellinck, la qual somma unita a quella ch'era dovuta alla vedova Audenrogge ascende a 10,500 franchi, non che agl'interessi di tali rendite, formava un totale di 24000 franchi, dovecchè questi beni, per la spropriazione della quale or si tratta, montavano alla somma di 36,000 franchi, e quindi assai più di quello che abbisognasse per soddisfare l'appellata e la creditrice anteriore;

» Che da tutte queste considerazioni emerge che gli atti di spropriazione della totalità de' beni di Reyvaert sono nulli in sostanza, e ch'è inutile di esaminare le questioni relative alla forma:

» La corte,

» Annulla l'appellazione, e riformando dichiara nulle le procedure in punto di spropriazione forzata di cui si tratta, come pure l'aggiudicazione seguitane, ec.

Nota. In questo caso il debitore non aveva ipotecata la generalità de' suoi beni, se non nel caso ch' ei ne fosse richiesti. Se li avessi *tutti* obbligati *senza* condizione, il creditore avrebbe avuto egual dritto sopra ciascheduno di essi; ma non sarebbe stato meno tenuto di limitarsi alla vendita di quelli colpiti d' ipoteca *speciale*, a tenore della legge 2, *cod. de pign. et hypoth.* così concepita: *Si certum est posse (creditorem) ex his quae nominatim ei pignori obligata sunt*,

universum redigere debitum, ea quae postea ex eisdem bonis pignori accepisti interim tibi non auferri praeses provinciae jubebit.

Il principio consacrato da questa legge dee ricevere l'applicazione sotto l'impero del codice, non solamente in que' casi contemplati dall'art. 2109, (1995) ma tutte le volte eziandio che il medesimo creditore ha ad un tempo stesso un'ipoteca convenzionale o speciale, ed un'ipoteca legale o generale: poichè sarebbe una vera ingiustizia di spropriare tutti gl' immobili del debitore, allorchè quelli specialmente obbligati bastano a soddisfare il creditore.

» §. 7. La vendita forzata de' beni situati
» in differenti distretti non può promover-
» si se non successivamente, a meno che non
» facciono parte di una sola e medesima
» tenuta.

» L'azione s'istituisce avanti il tribunale
» civile nel cui distretto esiste il luogo prin-
» cipale della tenuta, o in mancanza di luo-
» go principale, dove si trova la parte de'
» beni che produce la maggior rendita, se-
» condo la matrice del ruolo. *Art.* 2111.
» *Leg. civ.*

Nella già nostra corte di cassazione fu deciso a' 22 gennaro 1811, che l'azione della vendita forzata de' beni, quando questi beni sono siti in diversi distretti, debba istituirsi presso quel tribunale del luogo, ove la loro principal tenuta esiste, ovvero ove se ne ritrae la loro rendita maggiore.

» *Fatto.* Il marchese di Campolattaro signor Gio: Francesco Blanch verso la fine dell'anno 1808 dedusse il suo patrimonio. Procedutosi al sequestro generale de'suoi beni, mancarono agl'individui di sua famiglia gli assegnamenti, de' quali erano in possesso, e che stavano in luogo di ragione alimentaria definiti a lor favore, in compenso de'loro dritti domenicali su' beni del loro debitore. Si opposero i creditori privilegiati su'beni a tal dimanda. Il tribunale di prima istanza di Napoli nel dì 3 febbrajo dell' anno 1809 ordinò di rimaner fermi gli assegnamenti sino alla graduazione de' creditori, ed alla definizione dell' asse patrimoniale a prò de' signori Michele, Luigi, Maria Domenica, Gesualda, Maria Antonia, Maria Vincenza, e Lucrezia Blanch, e Teresa Broun vedova del cavaliere Raimondo Blanch, e delegò il giudice commessario per la provvidenza sulla rimozione dell'esattore, e destinazione di un'altro.

» I creditori del patrimonio appellarono di tal sentenza. La corte di appello risidente in Napoli nel dì 6 marzo dello stesso anno 1809 ordinò, che fossero mantenuti nel possesso de' rispettivi assegnamenti il signor Michele Blanch in annui ducati 545 70; il signor Luigi Blanch in annui ducati 152 50 compimento di ducati 800; il signor Gaetano Blanch in annui ducati 100; la signora marchese Domenica Blanch in annui ducati 245; e le signore monache Vincenza Lucrezia, Maria Antonia, e Gesualda Blanch in annui ducati 80 per ciascuna, detratto il peso decimale a' termini della legge, sino alla relazione, ed alla discussione de'creditori, la quale si dovesse dai medesimi assegnatarj procurare fra tre mesi a spese del patrimonio; scorso il quale termine, si provvederebbe sul sequestro. Ordinò, che le quantità assegnate per faciliore esazione al fu cavaliere Raimondo Blanch in annui ducati 218 35 per annualità di capitale, si sequestrassero, dovendo esso subire la condizione di tutti i creditori. Ed ordinò, che la esecuzione di tal decisione, anche in ciò, che riguardava l'ulteriore procedimento del patrimonio, rimanesse in essa corte, a quale oggetto si destinasse il giudice relatore.

» Contro di tal decisione il marchese di Campolattaro produsse ricorso per cassazione specialmente per l'ultima parte di detta decisione, con cui si svelse il patrimonio dal tribunale di prima istanza, e si assoggettò alla giuridizione di essa corte di appello; con ciò sono violati gli articoli 29. 44. e 79. della legge de'20 maggio 1808 e l'articolo 472 del codice di procedura civile.

» Udito il rapporto: intesi il signor Giovanbattista Ambrogi avvocato del marchese di Campolattaro, ed il signor Tommaso Colangelo avvocato de' creditori del di lui patrimonio: ed inteso il regio procuratore generale sostituto Cianciulli, il medesimo ha fatto le seguenti conclusioni.

» Signori,

» La causa offre all'esponente due oggetti; la violazione di due gradi di giurisdizio-

ne, ed il dritto di ricorrere in cassazione, che l'acquiescenza delle parti, ed i termini fatali più non permettano.

» Il tribunale civile della provincia di Napoli avea mantenuti i creditori alimentarj della famiglia Blanch nel possesso di esigere le rendite loro assegnate in ragion de' proprj titoli, ed avea ordinato, che il giudice relatore avesse provveduto sulla rimozione dell' antico esattore, e sulla scelta del nuovo. La corte di appello nella prima parte della sentenza seguì le orme del tribunale di prima istanza, e non vi aggiunse altro, che la menzione nominale di un creditore compreso nella stessa classe, pel quale non avea letteralmente pronunziato il tribunale di Napoli. Rivocò poi la seconda, in cui senza domanda delle parti eransi date le facoltà al giudice relatore sul cambiamento dell'esattore. In fine dispose, che la esecuzione della sua decisione, anche in ciò, che riguardava l'ulterior procedimento del concorso di creditori, rimanesse presso di lei, destinandosi a tal fine un giudice relatore.

» È di quest' ultima parte della decisione, che conviene occuparsi.

» Non vi ha dubbio, che il codice di procedura civile articolo 412 abbia prescritto » Se la sentenza è confermata, la esecuzione appartiene al tribunale, che ha giudicato in prima istanza; se è rivocata la esecuzione tra le parti stesse appartiene alla corte di appello, che ha pronunziato, o a quell'altro tribunale, che la stessa corte avrà destinato nella sua decisione, eccettuati i casi di dimanda per nullità di condanna, di arresto personale, per espropriazione forzata, e per gli altri casi, nè quali la giurisdizione è determinata dalla legge » Egli è però notabile, che la corte di appello di Napoli per le stesse ragioni del tribunale di prima istanza abbia fatto valere la di lui sentenza pe' creditori assegnatarj della famiglia Blanch. Per conseguenza la uniformità della sua decisione, per quanto ha rapporto a questi creditori colla sentenza pronunziata in prima istanza, non le permetteva di ritenere la esecuzione. Se ella fu discorde dalle determinazioni del tribunale civile sulla causa dell'esattore, ed altro, questi articoli tanto distinti di loro natura, che compresi nella stessa ordinazione del giudice formano una decisione in se stessa dividua, non aveano alcun nesso colle ragioni de' creditori alimentarj di famiglia, pe' quali in prima istanza ed in appello erasi concordemente giudicato. Tanto è poi enorme, che con sua formola generale, e complessiva avesse la corte di appello a se richiamato l'intero concorso de' creditori sotto il nome di patrimonio, attribuendo un procedimento per azioni dedotte, e da dedursi a ragion di titoli, ed interessi diversi, che formavano anticamente l'indole di questo giudizio non più riconosciuto dall' attual legislazione. In tal modo ella ha tolto manifestamente alle parti due gradi di giurisdizione, che la legge accorda: ha ecceduto evidentemente i confini della sua facoltà, giudicando, non già in grado di appello ai termini della legge, delle sentenze profferite da' tribunali di prima istanza, ma delle cause incipienti; ed ha quasi minacciato di sovvertire la sua naturale istituzione.

» Non può dubitarsi, che questi disordini non debbono punto assicurarsi alla volontà di eludere le leggi; ma colla circostanza del tempo, in cui essendosi pubblicato il codice civile, e non ancor quello di procedura, la corte di appello di Napoli, come tutti i tribunali del regno doveano giustamente essere scusati sulla incertezza delle opinioni derivante da una legislazione non ancora esatta e compiuta. Egli è nondimeno da riflettersi, che la legge de' 20 maggio sulla organizzazione giudiziaria, avea in certa guisa dato una guida al potere giudiziario da regolare i suoi passi. In effetti nell'articolo 44 limita la giurisdizione de' tribunali di appello a giudicare solamente sulle sentenze soggette ad appello profferite dagli arbitri, dai tribunali di commercio, da' tribunali di prima istanza così nella materia civile, come di giustizia correzionale, e nelle disposizioni generali ordina espressamente (articolo 91) che tutte le giurisdizioni non autorizzate da quelle leggi fossero abolite.

» Da ciò risulta, che la incompetenza della corte d' appello di Napoli, richiamando a se l'intero patrimonio di Campolattaro, sia assoluta ed in ragion di materia, poichè ella tocca direttamente l'ordine pubblico, al

quale nè il silenzio, nè il consenso de' privati può giammai derogare. Se in fatti, innanzi ad una corte di appello si proponesse direttamente una causa qualunque, senzachè fosse stata di sorte alcuna decisa in prima istanza, egli sarebbe fuori delle sue attribuzioni a giudicare. In questo caso ella sarebbe inabilitata a procedere del pari, che ogni privato, il quale non abbia alcuna giurisdizione, la quale siccome viene permessa unicamente dalla legge non può arrogarsi ad arbitrio delle parti. Poichè dunque non vi ha effetto senza causa, egli è chiaro, che una decisione in tali circostanze profferita da un giudice, al quale si nega la giurisdizione, sia di pieno dritto nulla. Così nella *L. 3. Cod. de Jurisdict. omn. jud. et de foro compet*: è stabilito, che non contenga giammai autorità di cosa giudicata la determinazione di colui, che non abbia alcuna giurisdizione, quantunque fosse autorizzato dal consenso de' privati. Così l' ordinanza francese dell'anno 1667 ordina a' giudici incompetenti in ragion di materia di rimettere le cause ai giudici competenti, ed in caso di contravvenzione dichiara nulli i loro giudizj, e vuole, che siano convenuti personalmente con azion civile, detta *presa a parte*. Così il codice di procedura (articolo 170) che ha adottato le disposizioni dell' ordinanza, ha prescitto, che per incompetenza di materia, il giudice incompetente sia tenuto di officio rimetter la causa al giudice competente. Così in fine con decreto del governo francese de' 3. fruttidoro anno IX. e de' 13 e 27. brumaire an: X. è stabilito in materia amministrativa, che le incompetenze pronunziate in ragion di materia, e tratte dall' ordine pubblico, non si courissero punto, e che si avessero per lo stesso motivo, come non avvenute le sentenze del tribunale del circondario di Douay, e del tribunale di appello di Besanson, e del tribunale del 4 circondario di Anton.

» La corte di appello di Napoli essendo dunque assolutamente incompetente a procedere nel concorso de' creditori su' beni del marchese di Campolattaro, secondo la forma contenuta nella sua decisione, ne segue, che nullamente abbia sù di ciò pronunziato, e che la sua decisione fatta da un giudice senza potere, ed offensiva de' due gradi di giurisdizione, sia di pieno dritto nulla.

» Non fà alcun ostacolo al marchese di Campolattaro la sua dubbia acquiescenza alla decisione della gran corte di appello, da cui si vuol dedurre di essere spirati i termini fatali a produrre il ricorso in cassazione, poichè l' acquiescenza non ha luogo, che nella incompetenza relativa, e non già nell' assoluta, cioè in quella in ragion di persona, e non già nell' altra in ragion di materia; ed oltre a ciò l'ultima parte della decisione, colla quale fu prescritto rimanere il patrimonio presso la medesima corte di appello, e che versa tutta in articolo giurisdizionale, tocca i dritti non solo del marchese ma di tutt' i suoi creditori, ed altri litiganti, ai quali l' acquiescenza non può protrarsi, e specialmente l' ordine pubblico de' giudizj, che non riceve, o dalla negligenza de' privati, o da qualunque dilazione, la menoma alterazione.

» L'esponente dimanda perciò, che la corte suprema, avendo come non avvenuta la seconda parte della decisione della corte di appello, rimetta la causa al tribunale civile di Napoli, affinchè proceda a norma della legge.

» Fatto nell' udienza de' 22 gennajo 1811 *Cianciulli*.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: Visto il ricorso per cassazione:

» Facendo dritto alle conclusioni del pub. ministero:

» Considerando che nel dì 6 marzo 1809 in cui fu profferita la decisione della corte di appello era in vigore il cod. civile, ed il regolamento pei giudici di pace, e pe' tribunali de' 20 maggio 1808, e che questo ebbe la sua osservanza sino a tutto marzo 1809; dalla qual epoca in poi fu adottato il cod. di procedura dell' Impero francese.

» Considerando, che per gli articoli 75 e 79 del detto regolamento de' 20 maggio 1808 le corti di appello non possono conoscere delle cause in prima istanza, ma soltanto in grado di appellazione, e che allorquando nelle sentenze dividue, che abbracciano molte con-

troversie, da alcuno degl' interessati sarà stata prodotta l'appellazione, deve il tribunale di prima istanza ritenere gli atti per la ulteriore cognizione, ed esibir debbonsi alle corti di appello le sole copie legali delle scritture necessarie alla trasmissione.

» Considerando, che la corte di appello di Napoli nel dichiarare, che la esecuzione di quanto avea ordinato, anche in riguardo all' ulteriore procedimento del patrimonio, dovesse rimanere presso di se, avea tolto alle parti i due gradi di giurisdizione, che la legge concede; ed avea violato i citati articoli del regolamento de' 20 maggio 1808.

» Considerando che se pure nel dì 6 marzo 1809 epoca della decisione della corte di appello, fosse incominciata la osservanza del codice di procedura francese, il richiamare a se le future, e possibili cause, che emerger possono in un giudizio di concorso di creditori, non sarebbe stato il caso preveduto nell' articolo 473 dello stesso, che soltanto permette alle corti di appello di giudicare simultaneamente sul merito con una sola, e medesima decisione sull' appellazione prodotta da una sentenza interlocutoria, allorchè la causa sia in stato di essere definitivamente decisa sul merito.

» Considerando che per l' art. 2210 del codice civile l' azione per la vendita forzata de' beni deve istituirsi in quel tribunale, nel cui distretto sono siti i beni, e nel caso, che sianvi beni situati in differenti luoghi deve istituirsi avanti quel tribunale, nel distretto del quale esiste il luogo principale della tenuta, ed in mancanza di luogo principale, dove si trova la parte de' beni, che produce la maggior rendita; e che non potea la corte di appello richiamare a se tutte le cause di espropriazione forzata, ch' emergono nel concorso di tanti creditori, anche per beni siti in diversi distretti, ha perciò violato il suddetto articolo del codice civile.»

» Considerando, che la decisione della corte di appello de' 6 marzo 1809 non fu mai notificata al signor Francesco Blanch marchese di Campolattaro, giusta l'art. 62 della legge de' 20 maggio 1808 che contiene l' organizzazione giudiziaria »

»La gran corte cassa la suddetta decisione della corte di appello di Napoli per quella parte, che ordinava di rimanere presso di se l' ulteriore procedimento del patrimonio; e risolvendo il ricorso per cassazione in regolamento de' giudici rinvia le parti a provvedersi in giustizia tanto innanzi il tribunale di prima istanza di Napoli, quanto innanzi qualunque altro tribunale di prima istanza, nel cui circondario siano siti i beni immobili, giusta le disposizioni contenute così ne capitoli 1. e 2. del tit. 19. del libro 3. del codice civile, come del libro 5. del codice di procedura. »

La medesima nostra corte di cassazione a 8 novembre 1811 consagrò poi la massima che la spropriazione de' beni dee trattarsi presso quel tribunale civile nella di cui giurisdizione sono siti i beni, e non già presso quel tribunale, ove li detti beni sono stati discussi.

» *Fatto*. La corte di appello residente in Napoli con decisione de' 5 maggio 1810 liquidò il paraggio della signora Teresa Ghezzi in ducati 5000 al di cui pagamento condannò il signor Michele Ghezzi fra un mese prima su i beni liberi, ed in difetto su i beni una volta soggetti ad un fedecommesso primogeniale: e condannò lo stesso signor Michele agl' interessi da conteggiarsi, detratte le quantità ricevute, da farsene un calcolo, la cui esecuzione fu rimessa al tribunale di prima istanza di Napoli. »

» La signora Teresa, ottenuta la spedizione esecutiva di detta decisione eseguì per lo pagamento della somma principale alcuni fondi del debitore, siti in Terra di Otranto, per espropriarli avanti al tribunale del luogo a norma degli art. 59 e 412 del codice di procedura. »

» Per lo calcolo poi dell' interesse, e per la deduzione da farsene nella liquidazione, la stessa D. Teresa adì il tribunale di prima istanza di Napoli. »

» Il signor Michele Ghezzi si oppose alla esecuzione degli stabili, dicendo essere quelli soggetti al fedecommesso ed a non potersi i medesimi eseguire se non dopo discussi i beni liberi, e per tal controversia chiamò la parte avanti al tribunale di prima istanza di Napoli. »

» Quindi lo stesso signor Michele Ghezzi produsse presso la gran corte ricorso in regolamento di giudici, ad oggetto di determinarsi chi dovesse procedere, se il tribunale di prima istanza di Terra di Otranto, o il tribunale di prima istanza di Napoli. »

» Udito il rapporto. Inteso il signor Luigi Pepe avvocato del signor Michele Ghezzi; ed inteso il regio proc. gen. sostituto Winspeare, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto non esservi luogo a regolamento de' giudici. »

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubblico ministero. »

» Vista la decisione: Visto il ricorso in regolamento di giudici. »

» Considerando che la signora Teresa Ghezzi avendo in forza di un titolo esecutivo, contenuto nella decisione della corte di appello di Napoli intrapreso una spropriazione de' beni siti nella giurisdizione del tribunale di prima istanza di Terra d' Otranto, ove i beni sono siti, si è uniformata alle regole di competenza prescritta nell' art. 2210 codice civile, e nell' art. 59 §. 2. del cod. di procedura civile.

» Considerando, che opponendosi all' azione suddetta di non essere i beni sequestrati appartenenti al debitore principale, ma tenuti solo in sussidio, giusta la decisione, che forma il titolo dell' attore, di questa eccezione deve conoscere lo stesso giudice, ove i beni sono siti, a tenore degli art. 608; e 726, e 730 del cod. di proc. civ.

» Considerando, che la corte di appello residente in Napoli, nel rimettere al tribunale di prima istenza della provincia di Napoli la esecuzione del suo giudicato, non ha inteso rimettere, che quello, che riguardava l' accessione della condanna; ma non già il giudicato di spropriazione, ch' è tutto nuovo; e vietando l' art. 472 del codice di procedura espressamente di potersi tali giudizj rinviare ad altri tribunali, che quelli del luogo, ove è sita la roba, non può la decisione della corte intendersi in contradizione della legge, ma solo per quello, che l' art. 472 del cod. di procedura le permetteva di fare.»

» Per tali considerazioni dichiara non esservi luogo alla dimanda prodotta in regolamento di giudice.

» §. 8. Se i beni ipotecati al creditore, e
» quelli non ipotecati, ovvero i beni situati
» in diverse provincie o valli, facciano par-
» te di una sola e medesima tenuta, si pro-
» cede alla vendita unitamente degli uni, e
» degli altri, se il debitore lo chiegga; e si
» fa il ragguaglio della stima sul prezzo dell'
» aggiudicazione, se vi ha luogo. *Art.* 2112.
» *Leg. civ.*

Allorchè i beni ipotecati al creditore, ed i beni non ipotecati, sono situati in diversi circondarj senza dipendere da una medesima tenuta, e che il debitore, i cui beni ipotecati sono stati pignorati, domanda la vendita degli uni e degli altri, qual tribunale dovrà procedere per la spropriazione de' beni non ipotecati?

» Questa quistione, risponde Persil, è proposta nella procedura de' tribunali di Francia, sotto il titolo relativo al pignoramento sugli stabili. L'autore pensa che i beni non ipotecati essendo spropriati accessoriamente, e solamente quando il debitore lo domanda, la spropriazione degli uni e degli altri deve essere della competenza del tribunale nella dipendenza del quale si trovano i beni ipotecati. L' articolo 720 (805. *Leg. di Proced. ne giud. civ.*) conferma questo sentimento, il quale nel caso di un secondo pignoramento più esteso del primo, impone l'obbligo di riunirli, e di agire simultaneamente avanti al tribunale del primo pignoramento.

» Prima di spiegarsi sulla regolarità di questa opinione, mi sembra che vi sia una quistione, che bisogna antecedentemente risolvere; quella, cioè, di sapere se il debitore possa domandare la vendita de' beni non ipotecati, allorchè non fanno parte di una sola tenuta. Se noi diciamo che egli non ne ha il dritto, diviene inutile di esaminare innanzi a qual tribunale deve agirsi per una spropriazione che il creditore non può permettersi, e che il debitore non può domandare.

» E tal' è infatti la forza della opinione che noi abbracciamo, che essa rende inutile la quistione proposta in testa di questo articolo; perchè noi pensiamo che tutte le volte che i beni ipotecati e quelli non ipoteca-

ti sono divisi e non dipendono da una medesima tenuta, il debitore non possa domandare l' ampliazione del pignoramento sopra i beni non pignorati.

» L'articolo 2211 (2212) giustifica questa asserzione : esso dice » Se i beni ipotecati al creditore, e quelli non ipotecati, ovvero i beni situati in diverse provincie, facciano parte di una sola e medesima tenuta, si procede alla vendita unitamente degli uni e degli altri se il debitore lo chiegga. »

» Risulta da questo articolo, che il dritto di richiedere la estensione del pignoramento dipende sempre dall' identità della tenuta, e che in questo solo caso particolare si può adire un medesimo tribunale.

» La medesima conseguenza risulta dall' articolo 2210 (2211) che non permette di provocare simultaneamente la vendita forzata de' beni situati in diversi circondarj, se non quando facciano parte di una medesima tenuta.

» E si converrà facilmente che niente è più giusto di questa teoria. Se qualche volta i beni ipotecati, e quelli che non lo sono, sebbene situati in diversi circondarj, sono nondimeno contigui, egli accade spesso che gli uni sono lontanissimi dagli altri, e ad una tale distanza, che non si potrebbe obbligare il creditore ad agire simultaneamente per la vendita, senza portargli un pregiudizio notabile. Di fatti, io posseggo nel dipartimento dell' Aube un pezzo di terra, che ho dato in ipoteca pel pagamento di un mio debito, ne posseggo un altro nel dipartimento della Senna inferiore, e questo è libero da ogni ipoteca; non sarebbe ridicolo, che allorquando il mio creditore volesse pignorare la terra ipotecata, io fossi autorizzato ad inviarlo nel dipartimento della Senna inferiore, per riunire al pignoramento da lui fatto un pezzo di terra assolutamente indipendente dal primo? Non solamente io non lo potrò senza nuocere ai dritti di questo creditore, ma io stesso non vi troverò alcuna specie di vantaggio; poichè se l' articolo 2211 (2212) ha permesso al debitore di domandare la vendita de' beni non ipotecati, egli è per non smembrare le possessione, per non nuocere al debitore, il cui immobile si venderebbe molto meno, se vi fossero state già delle vendite parziali.

» Noi dunque conchiuderemo per tutte queste riflessioni, che alloraquando i beni ipotecati e quelli che non lo sono non fanno parte di una sola e medesima possessione, il debitore non può domandare che la vendita sì degli uni, che degli altri venga proseguita unitamente, e che allora è inutile esaminare in questo caso particolare avanti a qual tribunale dovrebbe procedersi. *Persil Quistioni vol. 4. sezione 5.*

» §. 9. Potrà anche permettersi la spro-
» priazione simultanea, quante volte il valore
» totale de' beni esistenti in diverse provin-
» cie o valli è inferiore alla somma de' beni in-
» scritti, incluso quello del creditore che vuo-
» le agire. *Art.* 2113. *Leg. civ.*.

» Tale valore si stabilisce secondo il ruo-
» lo delle contribuzioni fondiarie, moltipli-
» cando la rendita che ne risulta, quindici
» volte pe' fondi rustici, e dieci volte per
» gli edificj. *Art.* 2114. *Idem.*

Il valore che dee stabilirsi secondo il ruolo delle contribuzioni fondiarie non è da fissarsi indistintamente, prendendolo dall' insieme dei fondi rustici, ed urbani, che si vogliono espropriare. Ogni fondo avrà un estratto particolare della matrice fondiaria, che conterrà la sua natura, e la sua rendita. Così conosciuto con distinzione, e chiaramente lo stato dei fondi rispettivi, la loro rendita sarà moltiplicata in modo da vedere se il valor totale dei beni esistenti in provincie, o valli diverse sia inferiore a quello dei beni iscritti.

» §. 10. La spropriazione simultanea, nel
» caso di sopra additato, non può aver luo-
» go, che in virtù di un' autorizzazione ac-
» cordata dal presidente del tribunale del
» domicilio del debitore sulle conclusioni
» del pubblico ministero. *Art.* 2115. *Leg. civ.*

» Cotesta autorizzazione si darà a piè di
» un ricorso, in vista dei documenti che giu-
» stificano la domanda. Tali documenti sono

» 1.° la copia legale del ruolo della con-
» tribuzione fondiaria :

» 2.° l' estratto delle iscrizioni prese su'
» debitori nelle diverse provincie o valli ove
» i beni sono situati, o il certificato che non
» ve ne sono. *Art.* 2116. *Idem.*

A queste disposizioni convien aggiungere quanto le leggi di rito civile prescrivono ne' giudizj di esposizione sommaria.

» Le ordinanze ne' giudizj di sommaria esposizione non potranno pregiudicare in alcun modo alla causa principale, e saranno esecutive provvisoriamente senza bisogno di cauzione, se pure il giudice non l'ordina.

» Esse non saranno suscettive di opposizioni.

» Nel caso in cui la legge autorizza all' appello, questo potrà essere interposto anche avanti lo spirare del termine di otto giorni, a computare da quello della sentenza; e non sarà più ammessibile, qualora venga interposto dopo quindici giorni da quello in cui sarà stata notificata la sentenza.

» L'appello dovrà decidersi sommariamente e senza procedura. *Art.* 892. *Leg. di proced. ne giud. civ.*

» §. 11. La procedura relativa alla spro-
» priazione, ed alla distribuzione del prez-
» zo sarà portata avanti i tribunali rispettivi
» della situazione de'beni. *Art.* 2117. *Leg. civ.*
Vedi i §. §. 7. ed 8.

» §. 12. Se il debitore prova con iscritture
» autentiche di affitto, che la rendita netta, e
» libera de' suoi immobili nel corso di un
» anno basti al pagamento del capitale dovu-
» to, degl'interessi, e delle spese, e ne of-
» fra la delegazione al creditore, possono i
» giudici sospendere il procedimento, il quale
» potrà ripigliarsi, se sopragiunga qualche
» opposizione o qualche ostacolo al pagamen-
» to. *Art.* 2118. *Leg. civ.*

La suprema corte di giustizia con decisione de' 29 gennaro 1824 consagrò il principio, che una percezione dubbiosa, ed incerta dipendente dai lucri sociali, e su di cui concorrono altri creditori, non viene ad equiparsi ad una *rendita netta*, *e libera* proveniente da un immobile del debitore.

» *Fatto.* D. Vincenzo Scarpetta istituì giudizio di spropriazione nel tribunale civile di Napoli contro D. Liberato Ferrara, e gli eredi di D. Michele Ferrara, pignorando il locale della fabbrica dell' olio di vitriolo, ed allume di rocca, sito nella strada nuova di Capodimonte.

» D. Luigi Vallin tanto a nome proprio, che qual tutore di suo fratello minore D. Stanislao, e la ragion Vallin Routh, e Valentini si opposero. I signori Vallin reclamarono la metà dell' immobile pignorato, perchè apparteneva al comune genitore come risultava da pubblici istrumenti. I socj della ragion Vallin dedussero, che l'immobile essendo per destinazione indivisibile, non poteva essere spropriato. Si oppose ancora D. Rosario Sinicopri, come interessato nella società suddetta, e D. Teresa Francesconi moglie di D. Raffaele Ferrara, che colla qualità di creditrice, domandò l'apprezzo dell' immobile.

» Il tribunale con sentenza de 5 luglio 1822 facendo diritto alla domanda di separazione proposta da' signori Vallin, dichiarò proprietà de' medesimi la metà dello stabilimento a' termini degl' istromenti de' 22 dicembre 1814, e 22 dicembre 1818 ed ordinò di procedersi alla divisione di detto stabilimento in due parti a norma de'citati contratti. Facendo poi diritto alla domanda della signora Francesconi, permise alla stessa di procurare a sue spese, contemporaneamente alla suddetta divisione, la estima con separato rapporto della porzione di detto immobile da spropriarsi a danno degli eredi di D. Michele Ferrara. Seguito il verbale della perizia per la divisione, e non procurato quello dell' estima, dichiarò libera la parte di D. Vincenzo Scarpetta per gli atti ulteriori dell' espropriazione. Dichiarò finalmente inammisibile la opposizione del Sinicropi. »

» Di tal sentenza appellò il signor Sinicropi. Ne appellò pure la ragion Vallin, Routh, e Valentini, sul motivo che il tribunale credè divisibile ciò, che in effetti non lo era. Ne appellò finalmente la signora Francesconi. »

» La gran corte civile con decisione de' 24 agosto dello stesso anno rivocando la sentenza appellata, ordinò, che il pignoramento rimanesse sù frutti o arretrati, o correnti, e che la ragion Vallin Routh, e Valentini fosse la depositaria giudiziaria degli utili stessi spettanti al signor Ferrara. ».

» I conjugi Scarpetta, e Fanelli impugnarono tal decisione con ricorso nella corte su-

prema di giustizia. Essi allegarono, trà le altre cose, che la gran corte aveva limitato, e ristretto l' esercizio de' loro diritti in forza del loro titolo creditorio reso esecutivo in virtù di giudicati; e che si era violato l' articolo 2118 delle leggi civili.

» Udito il rapporto ec. ed inteso il pubblico ministero, che ha conchiuso per l' annullamento della decisione impugnata. »

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del ministero pubblico.

» Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Attesocchè il creditore Scarpetta, rese esecutorio il suo titolo di credito contro i suoi debitori Ferrara, e quindi incaminò il giudizio di espropria sul locale a lui ipotecato, ove è situata la fabbrica di olio di vitriolo, ed allume di rocca. »

» Attesocchè appuntata la preparatoria, si resero opponenti i signori Vallin reclamando la metà del locale come appartenente al comun genitore, ed essendosi la loro opposizione giustificata con due istromenti stipulati nel 1808, e nel 1814 fu con sentenza del tribunale civile, deciso, di procedersi alla divisione del detto locale, ai termini degli indicati istromenti.

» Attesocchè questa sentenza, che restringeva il diritto del creditore Scarpetta alla sola metà del locale appartenente a' suoi debitori, e che non fu dal medesimo impugnata, riduceva la intrapresa espropria a quella parte sola del locale, ch' era in di lui favore ipotecata, e che per virtù delle leggi vecchie, e nuove aveva diritto di farla esporre in vendita, ed espropriarla per la soddisfazione del suo credito.

» Attesocchè avendo la gran corte sull' appello prodotto dai signori Vallin, per principj di equità, deciso, che il pignoramento fatto sulla proprietà del locale, e che dovea ridursi sulla metà appartenente ai suoi debitori Ferrara, si fusse ridotto sui frutti; nel far ciò ha distrutto il diritto del creditore, garantito dalla legge, e che per vedute di economia non poteva arrestarsi. »

» Attesocchè altra idea non può adattarsi alla decisione in esame, che quella nascente dall' art. 2118 delle nostre leggi civili in cui è prescritto « « Che se il debitore prova con iscritture autentiche di affitto, che la rendita netta, e libera de' suoi immobili, nel corso di un' anno, basti al pagamento del capitale dovuto, degl' interessi, e delle spese, e ne offra la delegazione al creditore, possono i giudici sospendere il procedimento, il quale potrà ripigliarsi se sopraggiunga qualche opposizione, o qualche ostacolo al pagamento. » »

» Attesocchè secondo queste vedute per potersi sospendere il procedimento della incoata espropria avrebbero dovuto i debitori Ferrara delegare al loro creditore Scarpetta una rendita *netta*, e *sicura*, nascente da un titolo di affitto. E nella specie non concorre l' affitto di un' immobile del debitore, che lo assicuri di poter esser soddisfatto del suo avere tra il giro di un' anno; mà bensì un istromento, che accorda ai signori Ferrara la percezione di docati cento al mese dal quarto degli utili della società della fabbrica di sopra indicata, val dire, che ove la tangente degli utili non giunga a tal somma, diviene anche minore la percezione suddetta tutta dipendente dagli utili, o non utili, che la società può produrre in favore di essi Ferrara: al che si aggiugne, che concorrono in questi utili, in qualunque quantità essi sieno, la signora Francesconi, che chiede la soddisfazione del suo credito dotale; ed altri creditori dei signori Ferrara. Quindi la gran corte anche in questo aspetto ha male applicato al caso in quistione l'articolo suddetto, quando ha creduto, che una percezione dipendente da' lucri sociali dubbiosa, ed incerta, e sulla quale concorrono degli altri creditori possa equipararsi ad una rendita libera, e netta provveniente da una immobile del debitore, e da cui nel giro di un anno può essere il creditore soddisfatto.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la impugnata decisione, e rimettendo le cose nello stato ad essa precedente rinvia la causa per nuovo esame alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera, ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 13. Non può procedersi alla vendita
» forzata degl' immobili, fuorchè in vigore
» di un titolo autentico ed esecutivo per un

» debito certo, e liquido. Se il debito sia
» in ispecie non liquidato, il procedimento
» è valido; ma non si potrà devenire al-
» l'aggiudicazione, se non dopo fatta la li-
» quidazione. *Art.* 2119. *Leg. civ.*

Può anche procedersi alla vendita forzata in virtù di privata scrittura riconosciuta. Vedi *Scrittura privata*. §. 1.

» §. 14. Il cessionario di un titolo esecu-
» tivo non può procedere per la spropria-
» zione se non dopo aver notificato al debi-
» tore la cessione *Art.* 2120. *Leg. civ.*

È da osservarsi in virtù di queste disposizioni, che non può aversi per valida la iscrizione ipotecaria presa dal cessionario sopra il debitore o fidejussore, prima della notificazione dell'atto di cessione: il che importa doversi conoscere prima della spropriazione, il titolo del credito, dal dritto, o dall'azione ceduta. Vedi *Cessione dei crediti*. §. 1.

» §. 15. Il procedimento per la spropria-
» zione può aver luogo in forza di una sen-
» tenza provvisionale o diffinitiva, eseguibile
» provvisoriamente, non ostante l'appellazio-
» ne; ma non può farsi l'aggiudicazione se
» non dopo una sentenza diffinitiva pronun-
» ziata in ultima istanza, o passata in giudicato.

» Non può procedersi in virtù di una sen-
» tenza profferita in contumacia, pendente
» il termine ad opporre. *Art.* 2121. *Leg. civ.*

Si può egli pignorare in forza di una sentenza contumaciale, allorchè i termini della opposizione non sono ancora decorsi?

Persil che ne tratta la quistione dice che la negativa è stabilita in questi termini nell'articolo 2215 (2121): » non può procedersi in virtù di una sentenza profferita in contumacia pendente il termine. »

» Seguendo gli articoli 157 e 159 (251 e 252. leg. di Proced. ne'giud. civ.) l'opposizione è ammessibile, cioè, entro gli otto giorni da quello della notificazione al patrocinatore, se la sentenza è profferita contro una parte avente patrocinatore; e fino alla esecuzione della sentenza, se è profferita contro di una parte che non ha patrocinatore.

» Ciò posto, sembra non si possa pignorare in quest'ultimo caso, se non quando l'esecuzione della sentenza abbia di già avuto luogo, sia colla vendita de'mobili sequestrati, sia coll'imprigionamento del debitore, o coll'impedimento fattone, onde non sia posto in libertà; poichè fino a questa esecuzione la parte condannata può formare opposizione: essa trovasi ancora ne' termini; ciò che secondo l'articolo 2215 (2121) è sufficiente per arrestare il pignoramento o la spropriazione.

» Intanto bisogna convenire che se tale è il senso dell'articolo 2215 (2121) esso è evidentemente in contraddizione coll'articolo 159 (253 leg. di Proced. ne giud. civ.). Questo articolo infatti volendo marcare il termine della opposizione, allorchè la sentenza è profferita contro una parte che non aveva patrocinatore, e prendendo in considerazione ciò che dice l'articolo 158 (152 leg. di Proced. ne' giud. civ.) che la opposione è ammessibile finchè la sentenza non ha ricevuto esecuzione, soggiunge che la sentenza si avrà per eseguita allorchè sono stati venduti i mobiii sequestrati, o il succumbente sia stato costituito in carcere, o siasi messo impedimento alla sua scarcerazione, o gli sia stato notificato il pignoramento di uno o più de' suoi stabili.

» Se il pignoramento è posto fra le procedure che fanno cessare il termine della opposizione, la conseguenza che bisogna necessariamente tirarne, è, che si è potuto pignorare prima che spirasse il termine accordato per formare opposizione; e che il pignoramento può aver luogo quando anche il condannato fosse ancora a tempo di formare opposizione alla sentenza.

» Ora come conciliare disposizioni così contradditorie? Come dimostrare che le disposizioni del codice di procedura sieno d'accordo con quelle del codice civile? L'articolo 155 (249 leg. di Proced. ne' giud. civ.) ci somministra la risposta. Questo articolo sospende la esecuzione delle sentenze contumaciali durante otto giorni dalla notificazione fatta dal patrocinatore, o dalla notificazione a persona, o domicilio, se non vi fosse patrocinatore costituito. Dopo lo spirar di questo termine, può aver luogo, e non è arrestata che dalla opposizione.

» Risulta dunque da questi principj, per

una parte, che il vero termine della opposizione, il solo di cui l'articolo 2215 (2121) abbia inteso di parlare, è quello di otto giorni dalla data della notificazione; e, dall'altra, che dopo lo spirar di questo termine, la legge accorda ancora alla parte condannata la facoltà di formare opposizione, sulla considerazione che, non avendo avuto alcuno per difenderla, si può presumere che avesse de' mezzi per allontanare la dimanda formata contro di lei. Ma, bisogna bene rimarcarlo, non è questa che una facoltà; il vero termine dell' opposizione è di otto giorni; e durante questo tempo solamente non può aver luogo la spropriazione.

» In tal modo si conciliano gli articoli del codice civile e del codice di procedura di già citati; la contraddizione non è che apparente, lo spirito del legislatore era manifesto, e la espressione sola dubbiosa. *Persil Quistioni sulla spropriazione vol. 4. sezione 1. §. 1.*

,, §. 16. Il procedimento non può annul-
,, larsi col pretesto che il creditore lo abbia
,, incominciato per una somma maggiore del
,, suo credito. *Art. 2122. Leg. civ.*

Le procedure di spropriazione non sono nulle perchè il creditore attore ha omesso di fare le riduzioni, e le compensazioni pretese dal debitore. Così decise la corte di appello di Parigi a 24. fiorile anno 13.

,, *Fatto*. Lemaitre aveva contro Dumont un credito di 2226 franchi.

,, 16 termidoro, anno 9., ordinanza in *referato* che l'autorizza a farsi pagare sopra i fitti e pigioni dovute a Dumont.

,, Viene da essi nominato un arbitro per regolare il loro conto e le rispettive prestazioni.

,, Sentenza che riduce il capitale di Lemaitre a 1800 franchi, e il rimanda a farsi pagare per le forniture di Dumont.

,, Spropriazione degl' immobili di quest'ultimo ad istanza del suo creditore.

,, Dumont ne domanda la nullità:

,, 1. Perchè l'attore aveva domandato ed ottenuto in *referato* di essere pagato sopra i fitti e sopra le pigioni del suo debitore.

,, 2. Su ciò che l'arbitro aveva omesso di comprendere nella sua sentenza delle forniture e de' prodotti di una cantina di Dumont percepiti da Lemaitre.

,, 28 termidoro, anno 12, sentenza che, atteso che il credito non è liquido, dichiara nulli gli atti di spropriazione forzata.

,, Appellazione di Lemaitre.

,, La sentenza rimessa alla corte, egli diceva, trae seco una manifesta violazione dei principj sopra la compensazione. Secondo le leggi romane, e secondo il diritto francese antico e moderno, non si può dare compensazione che di cose liquide e determinate.

,, Ora quali cose Dumont propone da compensare? La percezione di qualche somma di danaro sopra una cantina, alcune forniture o mercanzie, la di cui esistenza ed il valore non sono riconosciuti, anzi sono fortemente contestati, e sono assolutamente incerti ed indeterminati. Non eravi dunque luogo a compensazione. Solamente Dumont aveva il diritto di provare che aveva dato le sue mercanzie, e di far regolare le sue pretese dai giudici, onde renderle certe.

,, Ma ammettendo che i suoi conti fossero liquidi, supponendo che fossero ammessi senza alcuna riduzione, questi non equivalerebbero che ad una parte del credito di Lamaitre. Per poi avere il rimanente, esso incontrarebbe le stesse difficoltà, la stessa resistenza, la stessa ostinazione per parte del suo debitore. Bisognerebbe ricorrere allo stesso spediente; quindi è necessario d'intentare la medesima azione, salvo in seguito di compensare la somma di cui Dumont dimostrerà di essere creditore.

,, In questo senso è stato redatto l'articolo 2216 del Codice civile, che non permette di annullare gli atti sotto il pretesto ch'erano stati incominciati per una somma maggiore di quella che è dovuta.

,, Che importa che Lemaitre abbia domandato di essere pagato colle pigioni, coi fitti, o altrimenti? Tutti i di lui sforzi provano ch'egli ha tentato le vie le più dolci prima d'intraprendere degli atti più rigorosi; che Dumont è un debitore di cattiva fede, che non si è potuto a meno di assoggettarlo all'azione straordinaria di cui si lagna.— Dumont rispondeva. Intanto la via della spropriazione è rigorosa, in quanto ella esige il puntuale adempimento di tutte le formalità volute dalla legge. Lemaitre, in dispreggio di

quest' obbligazione, ha commessa una moltitudine d'irregolarità. Ha intrapreso il procedimento senza titolo certo. Aveva consentito a ricuperare il suo credito sopra pigioni e fitti. Questo credito non era nè certo nè liquido; non era stato ridotto con una giusta compensazione. La conseguenza di tante omissioni e contraddizioni dev' essere la nullità della procedura.

,, Atteso che il credito di Lemaitre risultante da un atto fatto da notajo, era *certo* e *liquido*; e che supponendo ch' egli avesse a render conto delle somme ricevute dai creditori di Dumont, quest'ultimo non pretenderebbe di essere liberato; e che a termini dell' articolo 2216 del Codice civile, il procedimento alla spropriazione non è nullo, perchè sarebbe stato fatto per una somma maggiore di quella che è realmente dovuta,

,, Che con decisione arbitramentale delli 16 frimale, anno 12, registrata a Balleviel le li 5 nevoso del detto anno, è stato dichiarato che, dedotte le somme ricevute da Lemaitre ed il valore di 650 franchi e 4 centesimi, Dumont era ancora debitore di una somma di 1800 fr., e rimesso a proporre i riclami per le forniture ch' egli pretendesse di avere da esercitare contro Lemaitre, e che secondo questo conto, un ordinanza in *referato* delli 24 germinale, anno 12, non impugnata, ha ordinata la continuazione degli atti; che per conseguenza il procedimento per la spropriazione era regolare;

,, Ha annullato ed annulla l' appellazione: riformando, assolve la parte di Collet dalle condanne contro di lei pronunciate. Nel punto principale, senza riguardo alle conchiusioni di nullità della parte di Collin, che vengono rigettate, dichiara regolare il procedimento di spropriazione fatto ad istanza di Lemaitre, salvo a Dumont di esercitare i riclami che può avere, »

La suprema corte di giustizia con decisione de' 28 luglio 1823 consagrò la massima che data una nullità nella spropriazione essa non è di dritto coverta dagli atti susseguenti.

2. *Fatto*. La principessa di Acquaviva agì l'anno 1812 per la spropriazione delle difese Giunta, Castiglione, Gaudella, Amendolamara, e Casabasicchio contra al principe di Acquaviva D. Carlo de Mari suo figlio per soddisfarsi delle doti. Eran rimasti li fondi al principe d'Angri aggiudicatario in grado di offerta di quarto. Ma la procedura fu poi annullata per decisione della corte di appello di Altamura, che fece salva l' aggiudicazione preparatoria soltanto. Questo periodo della causa vuol ricordarsi per notare, che l'atto del pignoramento indicasse Giunta per tom. 630. Castiglione, per tom. 261. Vuol ricordarsi altresì per notare che fosse intimata D. Emmanuele Caracciolo di Torella creditrice iscritta per doti.

» Gli anni seguenti il principe di Angri fu surrogato alla principessa di Acquaviva. Egli rinnova li capitoli di vendita sui ragguagli del fondiario, secondo la legge dell' anno 1819 per Giunta, Castiglione, Amendolamara, Casabasicchio, poichè omise Gaudella. Ma ottenne di poi, che il prezzo indicato per Giunta si riducesse a tom. 630 di bosco, tolta una maggior quantità per uso di semina; che in oltre il prezzo di Castiglione si riducesse a tom. 261 espresse nell' antico pignoramento della principessa di Acquaviva, non avuto riguardo alla maggiore estensione rapportata nel catasto. Egli mostrò, che li capitoli di vendita dell' anno 1819 eran regolati sulle rendite di tutte le parti di Giunta, e Castiglione, com' erano nel catasto, ma che tra gli anni della lite il principe di Acquaviva aveva distratti li terreni per semina nella difesa Giunta, e tutta la rimanente quantità di Castiglione, oltre li tom. 261; che aveva preteso di non essere nel pignoramento. Così fece gli affissi per l' aggiudicazione diffinitiva, e cedette poi il credito, e gli atti a D. Orazio de Luca Resta.

» Questo è il secondo periodo della causa. Gli atti del principe di Angri cangiano qui gli atti della principessa di Acquiviva nè seguenti articoli: 1.° La difesa Gaudella non fa più parte della procedura: 2.° Si dà un nuovo metodo pe' capitoli di vendita: 3.° Il prezzo si misura sulla estensione non sul corpo de' fondi, non ricercandosi sulle alienazioni avvenute dopo la preparatoria. Questi atti inoltre non son fatti noti a' creditori iscritti, ch' eran citati nella procedura della principessa di Acquaviva. Dal paragone di questi atti

traggon ora costoro l'occasione della lite di che trattasi.

» D. Orazio de Luca Resta ottiene l'aggiudicazione diffinitiva. Li fondi com'eran ridotti presso al principe di Angri gli rimangono per ducati 36 mila. Ma di tal sentenza di aggiudicazione appellarono la più parte de' creditori iscritti, tra quali D. Emmanuele Caracciolo di Torella. Taluni altri chieggono l'intervento in causa, nella qual classe vuol notarsi D. Serafino Mazza già creditore della principessa di Acquaviva, ch' esercitando li diritti di costei avea pria pegnorata la difesa di Castiglione, avea chiesto di poi di esser surrogato nella procedura della principessa di Acquaviva, aveva in fine anche chiesto l'intervento in causa nel tribunale civile, citando per altro il principe di Acquaviva soltanto. Nel loro sistema vi è, che nè potesse omettersi Gaudella una tra fondi pegnorati, nè potessero ridursi Giunta, e Castiglione per le alienazioni dopo la lite; essi dicono, che tali atti sieno nulli, perchè mostrano la collusione col debitore. Vi è inoltre, che non potessero cangiarsi li capitoli di vendita senza denunziarsi a' creditori iscritti, nè valesse poi un' aggiudicazione preparatoria avvenuta sull' antica procedura di vendita, quando le condizioni del contratto eran cangiate per le nuove leggi; essi dicono, che gli atti sieno nulli, perchè mancano così li sostanziali del contratto. Ma d' altra parte è stato opposto, che o non è dato di appellare a' creditori iscritti, od ogni nullità è coverta quando non è dedotta pria dell'aggiudicazione diffinitiva, negandosi così, od almeno rigettandosi il gravame.

» La gran corte civile di Trani ha pronunziato nel 23 aprile 1824 nell'interesse di tutti costoro. Ella ha ritenute le seguenti massime 1.° Nelle spropriazioni l'attore è il creditore istante, il reo convenuto è il debitore. Li creditori iscritti sono intesi nella persona del creditore istante, che ha un mandato presunto per rappresentarli. Il giudicato sta tra costoro, ed il debitore, come tra il debitore istesso, ed il creditore istante 2.° Questo rapporto si scioglie ne' casi di dolo, o di collusione, e possono aversi come tali anche le omissioni, che portino a nullità. Ma non vi è altro mezzo, che la domanda di surrogazione, perchè assuma la persona legittima di star in giudizio, e di agire in lor nome. Così ogni gravame ordinario può esser utile pel creditore istante, non per ciascuno di essi divisamente: 3.° Può reclamare per la nullità degli atti il debitore spropriato non il creditore istante, o coloro, ch' egli rappresenta; poichè le nullità sono nel favore del debitore soltanto. La speditezza de' giudizj però, e la fede dell'asta pubblica han chiesto, che si dasse un termine a proporle, il qual termine è estinto nell'aggiudicazione diffinitiva. Da ciò, si assimilino anche li creditori iscritti al debitore, il termine sarà almeno comune per l'uno, e per gli altri di essi. La gran corte ha inferito da ciò, che li creditori non sieno ammisibili ad appellare dall' aggiudicazione, o ad intervenire in causa nella sede dell' appellazione, e che possa riservarsi ad altro giudizio l'azione di dolo.

» D. Emmanuele Caracciolo di Torella, e D. Serafino Mazza han prodotto ricorso per annullamento, ov' è negata ogni proposizione della gran corte civile: 1.° La surrogazione; hanno detto, pe' casi di negligenza, o di dolo, che vale come l'editto - *De his quae in fraudem creditorum* è un modo straordinario da impugnar li giudicati, che non toglie al certo ogni altro gravame, che possa competere a ciascuno 2.° E de' gravami ordinarj dee convenirsi, che possan giovarsi coloro, che hanno interesse, e che son presenti nel giudizio. Nè vuol dubitarsi dell' interesse de' creditori, quando essi sono espressamente citati nella spropriazione; nè il mandato presunto del creditore istante è tale, che li obblighi in ogni atto, e che neghi loro d' intervenire a proprio nome 3.° Nel merito dell' azione è poco sicura l'idea, che ogni nullità sia coverta dagli atti seguenti. Quando manchi una parte sostanziale della procedura, non vi è quella serie di atti, di che si compone la vendita giudiziaria. È manifesto, che vuol cercarsi qui della verità delle proposizioni assunte nella decisione, non della definizione della quistione, o dell'uso delle regole, o dell' eccezione da convenire alla specie.

,, Udito il rapporto, presenti gli avvocati

D. Filippo Carrillo, e D. Antonio Celentano pe' ricorrenti; non essendo intervenuto alcuno per l' altra parte; ed inteso il pubb. minis. che ha conchiuso all' annullamento della decisione impugnata.

,, La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pubb. minis.

,, Vista la decisione: visto il ricorso:

,, Ha osservato

» *Sulla prima proposizione. Come li creditori iscritti sieno presenti nel giudizio di spropriazione.*

,, Quando si permette vendere li beni del debitore s' intende di giovare tutti coloro, che vi hanno dritto, non il solo creditore, che agisca pria degli altri. Si presume una certa specie di comunione fra essi, la quale porti, che il giudizio sia comune. Era così per la *L. 12. dig. de rebus auctoritate Iudicis possidend.*, e per la *L. 10. Cod. de bonis auctoritate Iudicis*, ed a questo principio si rapportano le regole del Cod. di procedura, che fan denunziare il pignoramento a' creditori iscritti pria dell' offerta, e che unisce le procedure se avvengano due pignoramenti sopra un fondo stesso. Così fosse, o no soddisfatto il creditore istante, gli atti cominciati a suo nome si prosieguono nell'interesse degli altri. Questo è il senso delle parole - *Caeteri enim poterunt peragere bonorum venditionem* della *leg.* 12 sopracitata, e del divieto di cancellarsi il pignoramento dopo la denunzia.

,, È notevolissimo quel che recasi nella legge stessa, per mostrare come dagli atti di taluno si acquisti dritto ad altri, *sed aliquid ex ordine facit; et ideo caeteris quoque prodest*, *idest*, spiega Cujacio, *exequitur solemnem juris ordinem quo res servetur creditoribus. Tom.* 5. *pag.* 771.*in hanc legem* 12. *dig.* Ciò vuol dire, che il creditore istante regga tutta la procedura sotto al suo nome, perciocchè basta ciò solo a vender li beni, cui riguarda unicamente tutta la classe de' creditori. È noto, che questa economia ne' giudizj è usata spesso nel dritto. Ne' giudizj *familiae erciscundae*, coloro che hanno un dritto comune sono rappresentati da uno fra essi. *L.* 48. *familiae erciscundae.* E tra li fidejussori *judicatum solvi*, e nelle evizioni chieste da parecchi eredi del compratore vale la regola medesima *L.* 5. §. 7. *judicatum solvi L.* 31. §. 5. *de aedilitio edicto.*

» Nelle regole generali de' procuratori *ad lites* del dritto romano vi era - *Etiam eum ad litem suscipiendam procuratorem dedit causae suae adesse non prohiberi L.* 69. *de proc.* Ciò era nel favor di tutte le parti, perchè non avvenisse poi di ricercare, se vi fosse, o nò dritto di annullare gli atti per collusione, o per frode, ma ciò non escludeva, che si continuasse tutt' ora il mandato. Fabro nè Razionali sopra questa legge. Nelle regole generali delle appellazioni vi era, che si permettesse a taluno di appellare dalla sentenza interposta col proprio procuratore *L.* 9. e 10. *Cod. de appellat. L.* 4. §. 2. *D. de appellat. L.* 1. *D. de appellationibus recipiend.* Ciò voleva dire, che non si cangiasse la persona tra il mandatario, ed il mandante. Tali regole son conservate nella materia, come una conseguenza delle cose innanzi esposte. Degli affitti de' fondi pegnorati, che abbiano o no data certa, può trattarsene a nome del creditore istante, e di ogni altro creditore iscritto, articolo 769 leggi di proced. civ. L' apprezzo de' fondi che il creditore istante non ha chiesto, si concede sulla domanda degli altri, che possono esser capienti sul prezzo. Contuttociò la procedura è continuata col primo pegnoramento, e non si cangiano, o si trasportano gli antichi atti fatti con costui.

» Si concepisce facilmente da tutto ciò, come la legge riconosca interessato ogni creditore, e come lo reputi presente nel giudizio. Sarebbe oziosa la denunzia ai creditori iscritti, se non avesse l'oggetto di permetter loro di ricercare sopra ogni atto, e provvedere pel miglior modo della vendita de' beni. Si turberebbe ogni ordine de' giudizj, se senza aver comuni gli atti, e la lite si concedesse di assicurar li frutti de' fondi, o di ridurre il prezzo. Nè potrebbe esservi un giudicato, che obbligasse li non presenti, ciascuno de' quali ha un' azione sua propria, non dipendente, non subordinata all' azion di colui, che spedisce la lite. Oltracciò poi

son sempre presenti nella lite coloro, che fanno agir altri in loro nome. Argomento dalla *L.* 63. *de re judicata.* Ed in questo senso solo può interdersi che la negligenza, e la collusione dia dritto a trattar per noi stessi ciò, che pria trattavamo per altrui mezzo, valendoci della procedura medesima. In somma è istituito un rapporto tale tra il creditore istante, ed i creditori iscritti, che regge finchè sono uniti d'interessi tra loro, e che può cessare di obbligarli se gl'interessi si dividano, o manchi l'utilità della certezza, e della speditezza della lite.

» Discende da ciò il dritto de' creditori iscritti per appellar dalle sentenze ne' giudizj di spropriazione. Generalmente nelle leggi romane si permetteva di appellare, ancorchè non si avesse avuto parte nella lite se costasse di avervi un'interesse *L.* 15. *de appellat. L.* 1. *de appellationibus recipiendis.* La qual regola valse anche nell'antica procedura di Francia *Pothier della procedura. Parte* 3. *sez.* 1. *art.* 2. §. 1. L'ordinanza del 1667 cangiò in opposizion di terzo l'appello pria concesso alle persone non presenti ne' giudizj, ch'è il dritto, che ora ci regge. Così, se le cose dette testè mostrano, come li creditori iscritti sieno presenti, come vi abbiano interesse, è manifesto, che nel senso stesso del presente ordine de' giudizj, l'appellazione sia comune ai creditori iscritti, ed al creditore istante. Non han che fare adunque con ciò le regole della surrogazione, come si è pensato nella causa, per presumere, che convenisse di usar di tal mezzo, soltanto in ogni caso, ove si cerchi dell'interesse de' creditori iscritti. Si consideri il sistema della surrogazione, come un dritto concesso dalla legge, o come una forma di procedimento non supplisce, o non toglie il mezzo dell' appellazione.

» È noto, che la domanda di surrogazione, che fondasi sulla collusione, e sul dolo, risponde all' editto *de his quae in fraudem creditorum gesta sunt*, ch'è ritenuto nell'articolo 1120 leg. civili. Questo favor di legge, che di sua natura importa un'azione sussidiaria - *Ex leg.* 1. *Cod. de revocandis his quae in fraudem*, vale come ogni altra azione di questa specie, che o non tolga, o non possa sperimentarsi pria di usar di ogni altra ordinaria azione. Era detto così dell' azione di dolo *L.* 1. e *L.* 7. §. 3. *de dolo malo*, della querela d' inofficioso. *L. ult. Cod. de inofficioso testam*, della stipulazione *damni infecti. L.* 32. e 33. *de damno infecto*, della restituzione in intiero. *L.* 16. *in princip. de minoribus*, e convien dirlo di ogni favor di legge; perciocchè *nihil autem operarentur privilegia si nihil adderent ad jus comune. Fabro in Cod. lib.* 3. *Def.* 2. *n.* 1. È noto d'altra parte, che la surrogazione riguardata come forma di procedimento tratta de' modi come trasportar la procedura dal nome del primo al nome del secondo creditore, tratta dall'abbandono, e dalla omessione degli atti tra li tempi della legge, tratta in somma dal rapporto tra il creditore istante, ed ogni altro da surrogarsi. Non cercasi qui della correzione degli atti, nell'interesse del debitore, onde segue la vendita giudiziale, che vuolsi istituire tra costui, e tutta la classe de' creditori. Non cercasi del dritto a spropriar li beni, del prezzo de' fondi, della proprietà, della giurisdizione, le quali cose tornano nell' ordinaria procedura della spropriazione. Nell' incidente adunque della surrogazione la lite stà tra l'un creditore, e l'altro. Nel giudizio principale della spropriazione la lite stà tra la classe de' creditori, ed il debitor comune. Può una special forma di procedimento valere in un' azione singolare, e concessa tra determinate persone, ma un' azione comune contra una medesima persona per l' oggetto stesso, e nella continenza di un giudizio solo, non può spedirsi in altrettanti modi distinti, quanti sono li consorti della lite.

» *Sulla seconda proposizione. Che non ogni nullità nelle spropriazioni s' intenda coverta di dritto dagli atti seguenti.*

» Nelle vendite *sub hasta*, che s'impugnino per nullità di atti, non ricevono un egual favore il debitore, ed ogni altro creditore iscritto. Era viziosa per antico dritto ogni procedura sulla vendita del pegno, che mancasse delle forme chieste dalla legge *L.* 58. *Dig. de re judicata. L.* 1. *Cod. de executione rei judicatae L.* 1. *Cod. de jure dominii impetrando.* Ma poteva ricercar della nullità

degli atti il debitore se offrisse il debito *argom. ex. lege* 1. *De jure*, *et fide hastae fiscalis*; poteva ricercarne ogni altro creditore fosse, o nò seguita l'aggiudicazione, e fosse l'errore negli atti, che riguardano il pignoramento, o negli atti, che appartengono alla vendita. Veggasi tutta la materia in Fabro *def.* 3. 4. 5. *De distractione pignoris.* Questa idea vuol notarsi per avvertire, che a questi principj si attiene l'articolo 817 leggi di procedura, allorchè riduce a'termini più brevi ogni nullità di procedimento, che riguardi gli atti da intimarsi al debitore. Per altro è manifesto, che il rigor dell'articolo tratta del favor de'creditori, in faccia al debitore, non de'casi, che potessero terminare in lor danno; perciocchè si volgerebbe contro di essi ciò, ch'è stato prescritto per giovarli.

» Nondimeno è noto, che si distinguessero già nel Foro li sostanziali degli atti dalle sollennità degli atti, e che s'intendessero come sostanziali degli atti *quae primam rei essentiam praestant*, ovvero *quod naturam ejus necessario et immutabiliter amplectetur*: si avessero d'altra parte, come sollennità degli atti *modus*, *seu qualitas rei accidens*, *qua actus fit solemnis*: *argom. ex L.* 72. *de contrahenda emptione.* Veggasi Alciati. *Paradoxorum lib.* 5. *cap.* 16. Così nella teorica delle solennità, nel senso che quì si espongono, vi è, che tal volta possano rimettersi, talvolta si presumano di essere intercedute, talvolta non facciano nullo di dritto l'atto di che cercasi, le quali regole non potrebbero al certo convenire co'sostanziali di ogni atto qualsivoglia.

» Sovvente la sostanza degli atti dipende dalla serie delle solennità chieste dalla legge per costituir l'atto stesso come è nè giudizj, ne testamenti, od altri tali. In somiglianti casi cangiasi così la regola innanzi esposta. Non vi è l'atto *si spreta sit solemnitas aliqua praecipua*, *ob quam omissam potest contigere mutatio circa substantiam ejus actus de quo agitur.* Pel contrario *omissio modicae solemnitatis non vitiat*; *levem autem solemnitatem dici quae non est fundata in aliqua urgenti ratione*, *vel utilitate.* Presso al comune degl'interpetri le origini di tale distinzione traggonsi dalla *L.* 8. §. 17. *de contract.*, e dalla *L.* 16. *de inspiciendo ventre*, sulle quali son fondate le diffinizioni, che dalla scuola di Bologna adottaron gli eruditi, e che ora quì recansi. Veggasi Fabro *Rationalia in Pandect. ad leg.* 8. 17. *de transactione*, e Gotofredo in *L.* 1. §. 15. *de inspiciendo ventre sub num.* 19.

» Queste regole generali di ogni atto appartengono specialmente alla vendita; tal'è la teoria della *L.* 72. *de contrahenda emptione venditione*, onde la scuola del Foro ha tratto le diffinizioni de'sostanziali, e degli accidentali di questo contratto. Fabro ne'Rationali. Queste regole inoltre appartengono assai più alla vendita forzata, della quale è detto di non valere, se seguano *non observatis quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt et ex L.* 4. *cod. si vendit. pignore agatur*, o come altrove, *non auctore procuratore*, *vel eo cui vendendi fuit facultas*, *neque habitis hastis*, *neque omni ordine peracto. ex L.* 1. *de fide*, *et jure hastae fiscalis*, nello che vuolsi intendere *denuntiatio debitori facta*, *proscriptio*: *hastarum solemnitas*, *ex Gotofredo in leg.* 1. *de jure dominii impetrando sub num.* 40. È noto, che quando un'atto si costituisca da una serie continua, e necessaria di forme, senza le quali non si conosca di esistere l'atto; quest'ordine di cose è individuo per se stesso, di maniera che cessa ogni utilità per una di tali forme soltanto che manchi. Questo è ciò, che nel Foro dicesi *individuum forma* di che può vedersi Alciati in *L.* 2. §. 5. *de verborum obligat. sub num.* 4. Così manchi un'atto che riguardi il prezzo, la pubblicazione, le licitazioni, ogni vendita giudiziale non trasporta il dominio del pegno, non toglie il dritto al creditore. Vedi Fabro nella *def.* 4. *de remissione pignoris sopra citato ex num.* 7.

» Con questi principj vuol intendersi l'articolo 817 che niega di ricercarsi delle nullità dopo sei dì dall'intimazione di ciascun atto, o dopo l'aggiudicazione. Le parti integranti della spropriazione non han che fare colle solennità aggiunte a ciascuna di queste parti. Ed o che rechinsi quì le distinzioni tra li sostanziali, e le solennità del contratto, o che distinguasi le solennità, da cui si

ha la sostanza dell' atto, ad ogni altra men necessaria, o men utile solennità, non può una regola sola comprender l' una specie, e l' altra. Avverrebbe, che gli atti volontarj degli uomini non avesser tal volta forza di obbligarli, e che gli atti cui si divien soggetto per l'autorità del magistrato, il cui potere stà attaccato all' uso delle forme della legge, li obbligasser sempre, si cadesse o no ne' casi stessi, ove è nulla ogni altra obbligazione. Sarà utile adunque l'articolo per le minori solennità omesse negli atti, non sarà utile nella mancanza degli atti stessi. In questo senso vuol esser ridotta la massima troppo vagamente annunziata intorno all' applicazione dell' articolo nella causa.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la decisione impugnata, rimettendo le cose nello stato ad essa precedente; invia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

» §. 17. Ad ogni domanda per la spro-
» priazione degl' immobili dee precedere il
» precetto di pagamento fatto per mezzo di
» un usciere, ad istanza del creditore, alla
» persona del debitore o al suo domicilio.

» Le formalità del precetto e quelle degli
» atti per la spropriazione sono determinate
» dalle leggi della procedura nè giudizj ci-
» vili. *Art.* 2123. *Leg. civ.*

Nella corte d' appello di Parigi si promesse il dubbio, se arrestato il debitore, la intimazione che precede la spropriazione debba farsi alla prigione, ed alla di lui stessa persona? Si adottò l' affermativa con decisione de' 26. vendemmiale anno 14.

,, *Fatto*. Suret, dopo aver fatto carcerare Brou suo debitore, in forza di una sentenza del tribunale di commercio di Parigi, richiede eziandio la spropriazione forzata sopra una casa, un fondo di terra, ed alcune fabbriche appartenenti al suo debitore.

,, Questi vende la casa nel frattempo della notificazione dell' avviso, alla trascrizione all' ufficio delle ipoteche.

,, Allorquando disponevasi all' aggiudicazione, gli acquirenti richiedono la distrazione della casa ch' essi avevano comprata, ed il sequestrato impugna gli atti per nullità.

,, Questi si appoggia che non eragli stata fatta la intimazione in persona in S. Pelagia ove il di lui creditore l' aveva fatto carcerare, ed ove per conseguenza era sicuro di trovarlo.

,, Li 25 fruttidoro, anno 13, il tribunale di Parigi pronuncia la nullità del precetto e di tutto ciò che n' era seguito.

,, I suoi motivi sono:

,, Che Suret, e l' usciere che aveva proceduto all' arresto di Brou con assegnamento per alimenti, non potevano ignorare ove fosse la sua persona; che se si può fare una intimazione di pagare alla persona o al domicilio, non v' ha più scelta pel creditore che ha già in mano il suo debitore; che l' oggetto della intimazione essendo quello di mettere il debitore in *mora* di pagare, affine di prevenire la spropriazione, il voto della legge chiaramente esige che si faccia alla persona stessa in quanto è possibile. L' alternativa ch' essa lascia al creditore non è che una facoltà sussidiaria che suppone la difficoltà di dirigersi immediatamente al debitore, facoltà che non riceve applicazione al caso in cui il creditore ritiene in prigione il suo debitore, ed in cui l' usciere che ha fatta la carcerazione fa eziandio il precetto: che da ciò risulta una forte presunzione di clandestinità nella procedura di spropriazione, in cui tutto ciò che tende ad instruire la parte sequestrata è di rigore.

,, Suret appella da questa sentenza. Sostiene che la nullità ammessa dai primi giudici non è fondata sopra al testo di legge. L' ordinanza del 1539, art. 9, quella del 1667 tit. 2, art. 3, la legge 11 brumale, e l' art. 2217 del codice, dicono tutti che si farà la intimazione di pagare alla persona o al domicilio; niente v' ha più chiaro dell' alternativa così determinata. In regola generale si può indistintamente notificare l' intimazione alla persona o al domicilio; vi ha un' eccezione pel caso in cui il debitore sia detenuto, e per quello in cui sia stato il creditore che l' abbia fatto arrestare? No senza dubbio: lungi che in questo caso l' attore sia obbligato di fare la intimazione alla persona medesima, vi sarebbero anzi molte ragioni che dovrebbero impedire che si fa-

cesse ad una persona che, detenuta in carcere, non può agire per conformarsi alla intimazione, e per fare gli atti necessarj affin di adempierne l'oggetto. Se fosse stata notificata la intimazione alla prigione, Brou non avrebbe mancato di dire che essa in quel caso era inutile; perchè nella prigione egli era nella impossibilità di agire. Non avrebbe mancato di aggiungere che la sua momentanea detenzione non l'aveva privato del suo domicilio; che bisognava assolutamente dirigersi al luogo in cui egli aveva pubblicamente la sede de' suoi affari, in cui egli aveva lasciata la sua famiglia, ed in cui per conseguenza dovevangli essere preferibilmente notificate le intimazioni di pagamento.

,, Quindi non vi ha dubbio che non sia stata validamente fatta la intimazione; ciò è almeno in oggi incontestabile, quanto egli è certo e giustificato nel fatto che il debitore ha ricevuto l'atto, com' egli lo ha provato, domandando una sospensione della spropriazione.

,, Brou rispondeva che se in regola generale la legge lasciava infatti la facoltà di dirigersi indistintamente alla persona o al suo domicilio, vi erano però de' casi in cui non si poteva far uso dell' alternativa, in cui il giudice dava almeno un saggio temperamento a ciò che era di rigore, o che avveniva più d' ordinario. Tale è evidentissimamente quello in cui trovasi il signor Brou. Arrestato di già per causa di Suret, egli è anco escusso per la spropriazione di tutti i suoi beni per un debito di 900 fr. Eccovi fuor d'ogni dubbio tutto il rigore della legge e la durezza del creditore messa in opera contro un infelice debitore, che lungi di cercare di sottrarsi alla sua obbligazione, vorrebbe anzi pagare più prontamente che fosse possibile, evitando però le spese esorbitanti di cui si cerca senza compassione di gravarlo. Le procedure a cui egli è al dì d'oggi assoggettato, non hanno altro scopo, e la giustizia deve rendersi sollecita di farvelo pervenire.

,, Suret era sicuro di trovare il suo debitore nel luogo della sua detenzione; dirigendosi colà, egli era sicuro che sarebbe stato conseguato l'atto a lui medesimo; evitava l' incertezza che risultava sempre sul fatto della consegna di un atto deposto in terze mani; ovviava almeno alle lentezze ed ai giri ch' erano la necessaria conseguenza di una notificazione fatta ad un domicilio, ove si era sicuro di non ritrovare la persona contro cui erasi fatto l' atto; siccome in materia di spropriazione la legge cerca la più grande celebrità; così impiegando la via più sicura e più pronta per trovare il debitore, e metterlo in istato di far tosto cessare ruinose conseguenze cui disponevasi a dirigere contro di lui, manca evidentemente il suo scopo.

,, Per un quasi egual motivo giusta l'editto del 1689 si facevano delle notificazioni ai ricevitori, essendo la intimazione di pagare utilmente collocata nel loro ufficio, parlando alla loro persona e non al loro domicilio.

,, La ragione è evidente, perchè erasi più sicuro di ritrovare il ricevitore nel suo ufficio che in qualunque altro luogo, e bisognava per conseguenza dirigersi piuttosto là che altrove.

,, In questo caso la certezza era più forte; vi era dunque *a fortiori* più ragione di agire in questo modo.

,, Parea d' altronde che ciò si volesse dalla legge; imperciocchè dappertutto ella dice *a persona* prima di dire *a domicilio*; il che lascia pensare che non si debba dirigere al domicilio se non quando non si può, o è almeno molto difficile di diriggersi direttamente alla persona.

,, Sentendo tutta la forza di queste ragioni, obbiettasi che avendo Brou ricevuto la intimazione, non è più ammissibile a querelarsene.

,, Egli ha per vero dire domandata una sospensione degli atti; ma però non ha agito in conseguenza della intimazione; ha indirettamente saputo in prigione che si disponeva contro di lui la spropriazione, e sperando di essere presto al caso di disarmare la severità del suo creditore pagandolo, ha sollecitata una sospensione. Questa domanda per parte sua ha avuto luogo, senza ch'egli avesse una cognizione legale e positiva della intimazione di cui ignorava eziandio la necessità; bisogna dunque rigettare il preteso motivo d' inammissibilità.

,, La camera

„ Considerando 1.° che la detenzione per debiti in una casa di arresto, non può stabilire in questo caso un domicilio pel detenuto, e che d'altronde risulta dalle circostanze della causa, che Brou è convinto di aver conosciute le intimazioni, che durante la sua detenzione gli sono state fatte al suo vero domicilio in Parigi; contrada *Cerutti* n. 2.

„ Che le intimazioni di cui si tratta, sono state fatte conformemente all'ordinanza del 1667 ed alla disposizione del codice civile.

» Ha annullata ed annulla l'appellazione: riformando ec. ordina che si proceda all'aggiudicazione. »

Del modo di eseguire la spropriazione degl'immobili secondo le leggi di procedura civile.

» *Art.* 755. Il pignoramento degl'immobili sarà preceduto da un precetto di pagamento fatto a persona o a domicilio, e dove sarà nel principio inserita una copia intera del titolo per cui vien fatto il pignorato, purchè un tal titolo non si trovi già notificato: nel qual caso basterà di enunciarlo semplicemente, o far menzione della precedente notificazione.

» Allor quando il creditore abita altrove, questo precetto conterrà l'elezione di domicilio nel luogo stesso dove risiede il tribunale che dee conoscere del pignoramento, ed enuncierà che mancando il debitore di pagare, sarà proceduto al pignoramento de'suoi stabili. Non è necessario che l'usciere sia assistito da testimonj, ma dovrà egli nel giorno stesso fare apporre sull'originale il *visto* del sindaco o dell'eletto del domicilio del debitore, lasciando a colui che appone il *visto*, una seconda copia.

» *Art.* 756. Il creditore instante ha il diritto di espropriare non solo per la capienza del suo credito, ma per quanto creda necessario per soddisfare anche i creditori che lo precedono di tempo o di dritto, e le spese, non escluse quelle della trascrizione.

» A qual effetto, dopo aver fatto il pignoramento, dovrà interpellare nel termine ordinario delle citazioni i creditori iscritti che crederà a suo giudizio essere anteriori o poziori, nel domicilio che avranno eletto nelle loro iscrizioni, se intendono concorrere sul prezzo del fondo o dei fondi che designerà di voler mettere in vendita: e ciò indipendentemente dalla notificazione da farsi a' creditori iscritti, giusta i termini dell'articolo 784.

» *Art.* 757. Se nel termine suddetto i creditori non dichiareranno di voler concorrere, le loro ipoteche perderanno su' fondi pignorati l'anteriorità e poziorità che avevano.

» *Art.* 758. La vendita sarà regolata secondo la quantità de' creditori concorrenti, e nel modo che si determinerà in appresso.

» *Art.* 759. Non sarà permesso di procedere al pignoramento degl'immobili se non che dieci giorni dopo il precetto. Se il creditore lascia decorrere più di sei mesi tra 'l precetto ed il pignoramento, sarà tenuto a reiterare il precetto stesso nelle forme e col termine di sopra enunciato.

» *Art.* 760. Oltre alle formalità comuni a tutte le citazioni, il processo verbale di pignoramento conterrà l'indicazione della sentenza o del documento esecutivo, l'accesso del usciere su' fondi pignorati, e la designazione esterna de' medesimi; cioè trattandosi di una casa, il circondario, il comune, la strada ed i confinanti; e trattandosi di beni rurali, la descrizione delle fabbriche, se ve ne sono, la natura, l'estensione almeno approssimativa di ciascun pezzo di terreno, i confini o due di essi per lo meno, il nome e cognome dell'inquilino o del colono, se vi esiste, il circondario ed il comune dove son situati.

» In oltre qualunque sia la natura del fondo, il processo verbale conterrà l'estratto della matrice del ruolo della contribuzione fondiaria per ogni fondo pignorato, l'indicazione del tribunale che dee conoscere del pignoramento, e finalmente la costituzione di patrocinatore, nella di cui residenza s'intenderà che il creditore elegga di diritto il domicilio.

» *Art.* 761. Prima che sia fatta la registrazione nelle forme comuni a tutti gli atti, una copia intera del processo verbale del pignoramento sarà lasciata al cancelliere del giudice di circondario, a' sindaci o agli eletti de' comuni dove è sito lo stabile pignorato; se questo è è una casa: se consiste in beni rurali, la det-

ta copia dovrà lasciarsi a'cancellieri ed a'sindaci o eletti del luogo ove sono le fabbriche, e se non ve ne sono, a quelli del luogo dove si trova la maggior parte de' beni a' quali viene attribuito dalla matrice del ruolo fondiario il più della rendita. I cancellieri, i sindaci o gli eletti apporranno il *visto* nell'originale del processo verbale; sarà fatta menzione in questo delle copie rilasciate.

» *Art.* 762. In un registro destinato a tale oggetto nell'uffizio della conservazione delle ipoteche del luogo dove esistono i beni, sarà trascritto il pignoramento per tutta quella parte d'immobili pignorati, che si troverà compresa nella provincia o valle.

» *Art.* 763. Qualora non possa trascriversi l'atto del pignoramento nell'istante che vien presentato; il conservatore farà menzione sull'originale esibito dell'ora, del giorno, del mese e dell'anno in cui l'atto gli sarà stato rimesso; e nel caso di concorrenza dovrà trascrivere il primo che gli sarà stato presentato.

» *Art.* 764. Se accade che esista un atto precedente di pignoramento, il conservatore scriverà il suo rifiuto nel margine del secondo atto; ed enuncierà la data del primo pignoramento; i nomi, i cognomi, le residenze, le professioni del pignorante e del pignorato; il tribunale, avanti a cui si procede; il nome e cognome del patrocinatore del pignorante; e la data della trascrizione.

» *Art.* 765. L'atto del pignoramento degl'immmobili registrato, conforme è detto nell'articolo 762, dovrà denunciarsi al debitor pignorato nel termine di un mese a contare dal giorno per ogni spazio di quindici miglia di distanza tra 'l domicilio del debitor pignorato e la situazione de' beni. Sull'originale della denunzia dovrà farsi apporre nel corso di ore ventiquattro il *visto* del sindaco o dell'eletto del domicilio del debitore.

» Nel termine di quindici giorni, oltre un altro giorno per ogni spazio di quindici miglia, il detto originale sarà registrato nell'uffizio addetto alla conservazione delle ipoteche del luogo dove esistono i beni; e ne sarà fatta menzione nel margine del registro dell'atto del pignoramento.

» *Art.* 766. Se gl'immobili pignorati non sono appigionati o affittati, il debitore non potrà conchiudere i nuovi affitti, se non intesi i creditori presenti al giudizio, e coll'autorità del giudice. Egli non per tanto riterrà il possesso degli stabili pignorati, come sequestratario giudiziale, fino al momento della vendita; purchè non sia diversamente ordinato dal giudice in conseguenza de' richiami di uno o di più creditori. Costoro nondimeno possono fare eseguire in tutto o in parte il taglio e la vendita de' frutti ancora pendenti.

» *Art.* 767. I frutti raccolti dopo la denunzia fatta al debitore saranno considerati come stabili, per essere distribuiti unitamente al prezzo di questi secondo l'ordine d'ipoteca.

» *Art.* 768. Il debitore non potrà fare alcun taglio di bosco, nè alcuna deteriorazione, sotto pena di danni ed interessi a'quali sarà condannato anche per mezzo di arresto personale. In oltre sarà permesso di farlo processare per via criminale, secondo la gravità delle circostanze.

» *Art.* 769. Quando gl'immobili pignorati trovansi affittati, se l'affitto non abbia una data certa anteriore al precetto di pagamento, può pronunziarsi la nullità dell'affitto ove i creditori o l'aggiudicatario la dimandino.

» Se poi l'affitto ha una data certa, i creditori potranno sequestrare ed arrestare le pigioni e gli affitti; e nel caso che questi sieno scaduti dopo la denuncia fatta al debitore; dovranno riputarsi come i frutti de' quali si è fatta menzione nell'articolo 767.

» I creditori anteriori agli affitti formati con atto autentico o con iscrittura privata, i quali abbiano data certa, potranno chiedere la espulsione del colono o inquilino, anche quando gli affitti sieno antecedenti alla denuncia del pignoramento, tutte le volte che tali affitti oltrepassassero la durata di nove anni a contare dal principio del contratto di locazione, ed essi non fossero coperti col prezzo risultante dall'offerta.

Vedi. *Locazione* §. 33.

» *Art.* 770. I creditori saranno obbligati di menar buone al colono o inquilino le anticipazioni fatte al debitore, purchè vi concorrano i seguenti requisiti:

1.° che sieno convenute nel titolo dell'affitto;

2.° che il titolo risulti da atto che abbia data certa:

3.° che le anticipazioni non oltrepassino le prime due annate.

» Qualora poi i creditori rimanessero coperti col prezzo risultante dall' offerta, dovranno rispettare le anticipazioni, [illegible] sia la somma.

» *Art.* 771. A contare dal giorno in cui vien denunciato il pignoramento, il debitor pignorato non può alienare gl' immobili, sotto pena di nullità, da incorrersi senza bisogno di pronuncarla.

» *Art.* 772. Nondimeno l'alienazione fatta in tal guisa sarà valida, se prima del aggiudicazione il compratore consegni una somma bastante a saldare i creditori presenti al giudizio fino a tutto l'importare degl' interessi e delle spese, e notifichi ad essi l' atto del deposito.

» Qualora il denaro depositato in tal modo sia stato preso in prestito, i mutuanti non avranno sul fondo, che una ipoteca posteriore a quella de' creditori iscritti all'epoca dell'alienazione.

» *Art.* 773. Tre giorni dopo che sarà seguita la denuncia del pignoramento al debitore, il creditore instante depositerà nella cancelleria del tribunale un quaderno contenente

1.° l' enunciazione del documento per cui sarà stato fatto il pignoramento, del precetto fatto al debitore dell'atto del pignoramento, degli atti che forse fossero stati fatti, e delle sentenze forse pronunciate;

2.° l' indicazione degli oggetti pignorati, tale quale è stata inserita nel processo verbale del pignoramento;

3.° le condizioni della vendita;

4.° una offerta di prezzo eguale all' imponibile depurato della contribuzione fondiaria dell' anno corrente e degli altri pesi reali del fondo, moltiplicato quindici volte pe' fondi rustici, e dieci volte per gli edifizj.

5.° Nel caso che il creditore non volesse fare la offerta del prezzo calcolata nel detto modo, potrà dimandare l'apprezzo a sue proprie spese.

» Lo stesso dritto avranno i creditori che sieno comparsi e capienti. Ma questo dritto non potrà mai competere al debitore.

» Ne' reali dominj al di là del Faro un particolar regolamento fisserà il calcolo dell' offerta di prezzo sino a che i catasti provvisorj non vi saranno stabiliti.

» *Art.* 774. Quando il creditore espropria più fondi [illegible] per fondo.

» *Art.* 775. Se il valore di un fondo sia ingente in modo che non possano concorrere molti oblatori, il tribunale, eccetto il caso in cui il fondo non possa scindersi senza deterioramento di prezzo, potrà ordinarne la divisione per ottenere più concorrenti sopra ciascuna parte, e farsene separatamente le corrispondenti offerte col rispettivo ragguaglio della rendita imponibile.

» *Art.* 776. Ne' casi de' due articoli precedenti le subastazioni saranno fatte nello stesso giorno, ma con atti d' incanti separati.

» *Art.* 777. La vendita giudiziale sarà annunciata per mezzo di pubblici affissi i quali conterranno

1.° la data del pignoramento e del registro di esso;

2.° i nomi e cognomi, le professioni e le residenze del debitor pignorato, del creditore istante e del suo patrocinatore.

3.° i nomi del circondario, del comune, della strada e delle cose pignorate;

4.° l'indicazione sommaria de' fondi rustici divisa in tanti articoli, quanti saranno i comuni; e questi pure dovranno indicarsi unitamente a' circondarj: gli articoli esprimeranno totalmente la natura e la quantità de' fondi, i nomi e cognomi de' pigionanti e de' coloni, se ve ne sono: tuttavia se i beni situati in un medesimo comune sono coltivati da varie persone, si divideranno in tanti articoli, quanti sono i coltivatori;

5.° l'indicazione del tribunale e del giorno in cui si faranno gl' incanti;

6.° i nomi e cognomi de' sindaci o degli eletti, e de' cancellieri de' giudici di circondario, in mano de' quali saranno state rilasciate le copie dell' atto del pignoramento;

» *Art.* 178. L' estratto degli affissi ordinati nell' articolo precedente sarà inserito ad istanza del creditore pignorante in uno de' fogli pubblici che si stampano nel luogo dove risiede il tribunale, avanti di cui si procede al pigno-

ramento; e se questi non esistono, in uno di quei che si stampano nella provincia o valle, se pure ve ne sono. Un tale inserimento sarà verificato colla esibizione dell' esemplare in cui si trova il detto estratto, coll[illegible] dal [illegible]daco.

» Un estratto stampato in forma di editto, simile a quello espresso nell'articolo precedente, sarà posto

1.° nella porta del domicilio del debitore;

2.° nella porta principale degli edificj pignorati;

3.° nella piazza principale del comune in cui risiede il debitore, in quella del luogo dove son situati i beni, ed in quella del tribunale in cui si procede alla vendita;

4.° nel mercato principale de' detti comuni, ed in mancanza, ne' due mercati più vicini;

5.° nella porta della udienza del giudice di circondario del luogo dove sono le fabriche; e se queste non esistono, nella porta della udienza della giustizia del circondario ove trovasi la maggior parte de' beni pignorati;

6.° nelle porte esteriori del tribunale del domicilio del debitore, nel luogo dove son situati i beni ed in quello dove si procede alla vendita.

» *Art.* 780. È permesso al debitore di apporre a sue spese questi stessi affissi nelle altre provincie o valli, senza che per questo motivo possa pretendere proroga di termini.

» *Art.* 781. L'apposizione degli editti sarà verificata per mezzo di un atto unito ad un esemplare di essi. L'usciere attesterà in questo atto, che l'apposizione è stata fatta ne' luoghi designati dalla legge, senza specificarli.

» *Art.* 782. Non sarà permesso, sotto qualsivoglia pretesto, di dare spedizione degli originali degli editti e del processo verbale di apposizione.

» *Art.* 783. L'originale del processo verbale sarà contrassegnato col visto del sindaco, o di colui che ne fa le veci in ogni comune in cui saranno stati affissi gli editti e ne sarà fatta la notificazione al debitor pignorato con copia dell' editto.

» *Art.* 784. Un altro esemplare de' suddetti affissi dovrà notificarsi al domicilio che i creditori iscritti avranno eletto nelle loro iscrizioni, fra 'l termine di otto giorni almeno avanti quello degl' incanti, oltre un giorno per ogni spazio di quindici miglia di distanza tra 'l comune dove esiste l' uffizio di conservazione del[illegible] quello in cui si procede alla vendita.

» *Art.* 785. La notificazione ordinata nell'articolo precedente sarà registrata nell' uffizio di conservazione delle ipoteche in margine dell' atto del pignoramento: e questo, a contare dal giorno del registro, non potrà essere cancellato che per consenso de' creditori, o in forza di una sentenza profferita contro di essi.

» *Art.* 786. Scorsi giorni quindici dopo la pubblicazione degli affissi e la inserzione di essi ne' fogli pubblici, si procederà agl' incanti ed all' aggiudicazione preparatoria. Qualora non si presentino altri oblatori, il creditore instante sarà dichiarato aggiudicatario, secondo la sua offerta.

» *Art.* 187. Quanto verrà dedotto ed aggiudicato, sarà trascritto sul quaderno delle condizioni della vendita in seguito della offerta del creditore instante.

» *Art.* 788. Ne' quindici giorni susseguitivi alla detta aggiudicazione preparatoria dovranno inserirsi i secondi avvisi ne' fogli pubblici, siccome è detto nell'articolo 778: e dovranno apporsi ne' luoghi destinati nell' articolo 779 gli stessi editti ne' quali sarà in oltre menzionata l' aggiudicazione preparatoria, significato il prezzo pel quale vien fatta, ed indicato il giorno dell' aggiudicazione diffinitiva.

» *Art.* 789. Tanto l' inserzione de' secondi avvisi ne' giornali quanto l' apposizione de' secondi editti saranno verificate nel modo stabilito negli articoli 778 e 781.

» *Art.* 790. Si procederà all' aggiudicazione definitiva nel giorno indicato nell' aggiudicazione preparatoria; ed il termine fra l' una e l' altra non sarà minore di un mese.

» *Art.* 791. Le offerte all' asta dovranno farsi all' udienza col ministero de' patrocinatori. Aperta l' asta, saranno accese successivamente le candele preparate in tal guisa che ciascuno di esse duri un minuto incirca.

» Il maggiore offerente cessa di essere obbligato, se la di lui offerta vien superata da

un altro, quando anche l'ultima offerta fosse dichiarata nulla.

» *Art.* 792. Non sarà permesso di fare alcuna aggiudicazione, se non dopo estinte tre candele accese successivamente.

» Se nel tempo dell'aggiudicazione preparatoria si è presentato un oblatore, esso non potrà divenire aggiudicatario definitivo, finchè non sieno estinte le tre candele dell'aggiudicazione definitiva, senza che sopraggiunga alcun'altra offerta.

» Se nella durata di una delle tre prime candele sopraggiungono nuove offerte, l'aggiudicazione non potrà esser fatta che dopo l'estinzione di due candele, senza che sia sopraggiunta nuova offerta, mentre erano accese.

» *Art.* 793. Il patrocinatore ultimo offerente nel termine di tre giorni dall'aggiudicazione sarà tenuto a dichiarare l'aggiudicatario, ed a presentare la di lui accettazione: diversamente, dovrà esibire il di lui mandato che resterà annesso all'originale della dichiarazione, ed in caso di mancanza, egli medesimo sarà considerato come aggiudicatario in suo proprio nome

» Nel termine di otto giorni, a decorrere da quello in cui sarà stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva, ogni persona o da se medesima, o per mezzo di un terzo munito di sua special procura, potrà fare nella cancelleria del tribunale una offerta maggiore, purchè superi del sesto almeno il prezzo principale della vendita.

» *Art.* 795. La maggiore offerta permessa nell'articolo precedente non sarà ricevuta, se non a condizione che l'oblatore faccia deposito presso il cancelliere del tribunale del sesto del prezzo da lui soprimposto, ed a condizione altresì che il nuovo oblatore nel corso di ore ventiquattro ne faccia, sotto pena di nullità, la denuncia a' patrocinatori dell'aggiudicatario, del creditore instante e del debitor pignorato, se questi abbia costitituito patrocinatore. Non sarà però obbligato di fare questa denuncia alla persona o al domicilio del debitor pignorato che non avrà costituito patrocinatore.

» La denuncia sarà fatta per mezzo di un semplice atto contenente citazione a comparire alla prossima udienza, senza bisogno di altra procedura.

Sul versamento de' depositi per offerta di sesta nei giudizj di spropriazione forzata, con circolare del Ministero di grazia, e gustizia in data de' 12 luglio 1820 fu disposto che debba farsi presso i cancellieri de' tribunali.

» Ai regj procuratori presso i tribunali civili.

» Signori.

» È sorto il dubbio, se i depositi per offerta di sesta ne' giudizj di spropriazione forzata debbono essere eseguiti nelle casse pubbliche, ovvero presso i cancellieri, de' tribunali civili.

» Affine di conciliare la esecuzione dell' art. 795. delle leggi di procedura civile, collo stabilimento de' depositi presso le casse pubbliche, di accordo col ministero delle finanze è stato risoluto: che i depositi per offerta di sesta nè giudizj anzidetti debbano eseguirsi presso de' cancellieri de' tribunali: che ne' tre giorni successivi all' atto di questi depositi i cancellieri debbano eseguirne il versamento in questi reali dominj, presso il ricevitore distrettuale per conto della cassa di ammortizzazione, e nei reali dominj, al di là del faro, nelle casse indicate dal real decreto de 9. giugno del corrente anno, e ciò sotto le pene stabilite contra gli altri depositarj che omettono di adempiere nel termine prefisso al versamento delle somme ad essi consegnate nella cassa pubblica. »

» *Art.* 796. Nel giorno indicato non potranno essere ammessi a concorso, che l'aggiudicatario e l'obiatore dell'aumento del sesto, il quale, sotto pena di arresto personale, sarà obbligato in caso di rivendita per tutta quella differenza che passerà tra la somma offerta ed il prezzo della vendita, se differenza vi fosse oltre al sesto depositato.

» *Art.* 797. I patrocinatori non potranno rendersi agiudicatarj pel debitore, per le persone notoriamente insolvibili, pe' giudici, pe' procuratori generali e regj, pe' sostituti e pe' cancellieri del tribunale ove si è agito, e dove si eseguisce la vendita: e ciò sotto pena di nullità dell' aggiudicazione, e di tutti i danni ed interessi.

» *Art.* 798. La sentenza di aggudicazione consisterà nella copia del quaderno delle condizioni della vendita formato in quella guisa che vien

ordinata nell' articolo 773. Questa copia conterrà nel principio l'ordinaria intitolazione della sentenza, ed il mandato di esecuzione in piede, con ordine al debitore pignorato di rilasciare il possesso immediatamente dopo la notificazione della sentenza, sotto pena di esservi obbligato anche per via di arresto personale.

» *Art.* 799. La detta sentenza di aggiudicazione non potrà rilasciarsi all'aggiudicatario, se prima egli non presenti al cancelliere la quietanza delle spese ordinarie del giudizio, e la prova di aver soddisfatto a tutte quelle condizioni dell' offerta, che debbono eseguirsi prima che sia rilasciata la detta copia. Le quietanze resteranno unite all' originale della sentenza, e saranno copiate a piè dell' aggiudicazione. Se poi nel termine di venti giorni dall'aggiudicazione non saranno fatte dall' aggiudicatario le predette giustificazioni, egli vi sarà costretto per mezzo della rivendita a di lui carico, conforme sarà detto in appresso, e senza pregiudizio degli altri mezzi di ragione.

» *Art.* 800. Il creditore nel presentar l'offerta, a' termini dell' art. 773 n.° 4.°, potrà dichiarare che nel caso in cui lo stabile pignorato non rinvenga compratore, egli intende aggiudicarsene soltanto una porzione corrispondente al suo credito, qualora in seguito del giudizio di ordine ritrovi capimento sul valore del fondo. Sarà libero allora a' creditori graduati il richiedere del pari l' aggiudicazione per la concorrente quantità del loro credito. In questo caso le porzioni aggiudicate rimarranno sciolte dalle ipoteche degli altri creditori inscritti non comparenti alla graduazione.

» *Art.* 801. Sotto pena di nullità saranno osservate le formalità ordinate negli art. 755, 759, 762, 765, 773, 777, 778, 779, 781, 783, 784, 785, 787, 788, 789, 790, 791 e 792.

» *Art.* 802. Qualora vi sarà violazione degli art. stabiliti a pena di nullità, questa non colpirà gli atti antecedenti, ma vi sarà soltanto luogo alla reiterazione dell' atto nullo e de' seguenti forse fatti.

» STELLIONATO §. 1. Stellionato, al dir di Ulpiano, è ogn' intrigo o dolo, che non ha alcun titolo di delitto; come il vendere, permutare, o distrarre dolosamente una cosa già ad altri obbligata, occultandone l' obbligazione contratta.

» Ubicunque titulus criminis deficit, illic stellionatum objiciemus. Maxime autem in his locum habet, si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxerit, vel permutaverit, vel in solutum dederit; nam hae omnes species stellionatum continent. *L.* 3. *D. de crimine stellionatus.*

Anton Mattei fa derivare lo stellionato dallo stellione, maliziosissimo genere di lacertola, che guarda l' uomo di mal occhio.

» Stellionatus a stellione versutissimo lacertae genere dictus est, quo nullum animal fraudulentius homini invidet, ut Plinius scribit, Alciatus observat. Ipsum animal, quod stellatis guttis distinctum sit, stellionis nomen meruisse videtur. Accusantur autem stellionatus, qui improbius fraudavere, si crimen aliud non sit, quod objiciatur. *Antonii Matthaei tom.* 1. *tit.* 13. *cap.* 1. *Stellionatus.*

La dichiarazione dello stellionato dipendendo non solo dall' indole del dolo da cui è desso costituito, che dal calcolo del danno, che ne deriva, rimane esclusivamente affidata al giudice del fatto. D'altronde questi effetti non possono aver luogo quando li due indicati estremi non sono riuniti per sostenerla. Fu questa la massima consagrata dalla suprema corte di giustizia con decisione de' 7 giugno 1823.

» *Fatto.* Con istromento de' 15 maggio 1807 il fu D. Angelo d' Arco comprò dal barone D. Nicola Maresca, e dal suo figlio D. Francesco per lo prezzo di ducati 1425 un' annuo canone di ducati 60 sopra una casa, ed un giardino sito in Napoli al Borgo di Loreto franco, e libero da qualsivoglia vincolo di fedecommesso, sostituzione, ed ipoteca, ed a nessuno venduto, ed obbligato in tutto, o in parte. Il compratore finchè visse, e dopo la sua morte i di lui figli, ed eredi D. Francesco e D. Gio: possedettero pacificamente il censo suddetto.

» In giugno 1820 D. Nicola Maria Cozza creditore de' signori Maresca nella somma di ducati 1218, 50 convenne in giudizio i signori d' Arco domandando il pagamento della som-

ma enunciata, o il rilascio del canone comprato, in forza della ipotecaria, che su di esso vantava l'attore. I signori d'Arco chiamarono in garantia i signori Maresca, e li attaccarono di stellionato.

» Il tribunale con sentenza de' 25 settembre del suddetto anno condannò li fratelli d'Arco a pagare al signor Cozza i chiesti ducati 1218. 50, o a rilasciare il canone loro venduto da' signori Maresca. Condannò poi il barone D. Nicola a rifare ai fratelli d'Arco di tutti i danni, ed interessi da liquidarsi, come di dritto.

» I fratelli d'Arco appellarono di tal sentenza, dolendosi, che il tribunale non aveva compreso nella condanna anche D. Francesco e che non aveva accordato l'arresto personale contro di entrambi.

» La gran corte civile in contumacia de' signori Maresca con decisione de' 10 luglio 1821 facendo dritto all'appello, ordinò, che la sentenza appellata si fosse eseguita anche coll'arresto personale, non solo contro il barone D. Nicola, ma benanche contro il suo figlio D. Francesco. Questa decisione fu notificata al signor Maresca nella Municipalità sezione Vicaria; poichè l'usciere ritrovò il loro domicilio abitato da altre persone, e disse, che niuno de' vicini seppe indicare ove i medesimi erano passati ad abitare.

» Nel dì 14 agosto 1821 i fratelli d'Arco abbandonando il canone domandarono, ed ottennero dal presidente del tribunale civile la destinazione dell'usciere per la intimazione dell'atto preventivo, che venne eseguito nel dì 1 settembre anche nella Municipalità per lo pagamento della somma di ducati 1425 spese, ed interessi.

» Nel dì 9 del suddetto mese il barone D. Nicola venne arrestato, ma nel dì 11 del successivo ottobre produsse egli opposizione contro l'atto del suo arresto, sostenendone la nullità, poichè tanto la decisione contumaciale, che gli altri atti posteriori non erano stati a lui notificati, nè personalmente nè al suo domicilio reale strada S. Nicola de' Caserti numero 5; mentre trovavasi di aver fatta legale rivela di detto suo domicilio. Nel dì seguente a questa opposizione, tanto il barone D. Nicola, che il di lui figlio D. Francesco si opposero alla decisione contumaciale de' 20 luglio 1821. Quindi fu notificata la rivela fatta dal barone nella polizia fin dal 10 maggio 1821.

» Il tribunale con sentenza de' 26 del suddetto mese di ottobre, dichiarò nullo l'arresto. Di questa sentenza appellarono in principale i fratelli d'Arco, ed incidentemente il barone Maresca, che pretendeva la rifazione de' danni, e degl' interessi.

» La gran corte riunì entrambe le cause; e quindi con decisione de' 12 aprile 1822 pronunziando definitivamente sulle opposizioni prodotte da' signori Maresca avverso la decisione contumaciale de' 20 luglio 1821 e sugli appelli principali, ed incidenti prodotti da' signori d'Arco, e dal barone D. Francesco avverso la sentenza del tribunale civile de' 26 ottobre 1821 ordinò, che i signori Maresca non fussero più molestati per lo preteso stellionato, e condannò i signori d'Arco di rifare al barone D. Francesco tutte le spese, e danni sofferti per la indebita carcerazione, e spese del giudizio.

» I signori d'Arco impugnarono tal decisione con ricorso nella corte suprema. Essi dedussero 1.° Che la gran corte avendo dichiarato nullo l'arresto del barone Maresca, come quello, che seguì dietro una illegittima notificazione della decisione della gran corte e del preventivo, mentre la notificazione medesima era stata fatta a' termini dell'articolo 162 della procedura civile, aveva violato l'articolo enunciato, e gli articoli 108, e 109 delle leg. civili 2.° che essendosi la decisione contumaciale de' 20 luglio 1821 eseguita coll'arresto del barone Maresca a' termini dell'articolo 253 della procedura civile, l'opposizione prodotta contro la stessa doveva dichiararsi inammisibile: 3.° Che la gran corte in ordinare, che i signori Maresca non fossero molestati per lo preteso stellionato, non solo fu contradditoria a se stessa per aver giudicato contro la sua precedente decisione contumaciale de' 20 luglio 1821, ma violò benanche l'articolo 1934 n. 1. delle leg. civili, e le *L. 1. Cod. de crim. stell. e 3. D. crimin. stell.*

» Udito il rapporto: ec. ec. ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l'annulla-

mento della decisione impugnata nella parte, colla quale la gran corte civile ha negato l'arresto personale.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso: vista la *L. 72. de div. reg. jur. la L. de crimine stellionatus.*

» Considerando, che lo stellionato è una frode praticata a danno altrui, ond'è che si verifica ove si trovi il concorso simultaneo di due circostanze, la intenzione cioè di frodare, e che effettivamente il danno si verifichi pel dolo della parte. Dunque all'occhio della legge non vi è stellionato se manca la intenzione della frode, o se la intenzione resti senza effetto. Da quì è che sù i dettami della *L.* 36. *D. de pignorat. act.* anche ove scientemente si dia in pegno una cosa ad altri prima obbligata, se ve n'è di avvanzo ai debiti, cessa non solo il delitto di stellionato, ma l'azione pignoratizia, *et de dolo, quasi in nullo captus sit*, colui, che *secundo loco accepit.*

» Considerando che sebbene nel 1807, in cui il marchese Maresca vendette al signor d'Arco il censo, si trovasse affetto all'ipoteca generale del credito del signor Cozza di ducati 800, è pur vero, che così al tempo della vendita costituita del detto capitale, che all'epoca della vendita del censo, i beni fondi della famiglia Maresca specialmente ipotecati al signor Cozza erano di un valore assai eccedente il credito di lui, ed essi soli formavano solida, e vistosa cautela al credito medesimo; per cui la gran corte quando avvisò, che il signor Maresca non ebbe l'animo di frodare il signor d'Arco, e lo sottrasse per conseguenza dagli effetti dello stellionato si conformò allo spirito, ed alla lettera delle leg. sopra cennate, ed il suo giudizio è sottratto dal demanio della corte suprema.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema, in continuazione dell'udienza de'5 corrente, rigetta il ricorso, libera il deposito alla regia tesoreria generale, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati diciotto, e grani 95, oltre il costo della spedizione ».

» STUPRO §. 1. Lo stupro violento consumato sopra individui dell'uno o dell'altro sesso sarà punito colla reclusione. *Art.* » 333. *Leg. pen.*

Lo stupro è definito da Modestino per la violazione di una vedova, o di una vergine, o di un fanciullo.

» Stuprum committit qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii retinet.... Stuprum in vidua (*honeste vivente*), vel virgine, vel puero committitur. *L.* 34. *D. ad Leg. Jul. de adult.*

D'altronde dicesi violento lo stupro quando si commette con violenza in persona di chi si oppone, e resiste al reato; anzi al dir di Maradei vi sono quelli, che dichiarano anche violento lo stupro, che si commette per mezzo di doni, promesse, persuasioni, e simili - Ciò per altro dee intendersi come una violenza morale, cui viene alcuno indotto a cedere alle altrui voglie impure.

» Stuprum violentum est illud quod committitur cum violentia in mulierem reluctantem; quamvis non desint doctores affirmantes stuprum commissum cum blanditiis, persuasionibus, promissionibus, et muneribus, et similibus fallaciis dici quoque violentum. *Maradei Tract. crim. cap.* 9. *de stupro n.* 3.

Intanto il concorso della violenza nello stupro potrà essere dimostrato in modo da corrispondere alla ipotesi della legge? La qualità del luogo, e dei mezzi, che si adoprano per consumare questo reato rende ben spesso difficile la sua prova. Nondimeno dall'analisi dei fatti, che il colpevole somministra in compiere il suo perverso disegno, e dalle tracce del reato, possono abbastanza desumersi tutti gli argomenti valevoli a definire, se lo stupro sia stato o no violentemente commesso. Tale è il caso delle lividure su la persona della offesa, dell'incontro del deliquente armato prima, o dopo il reato, e simili. Carpzovio vede la prova nel solo clamore della donna assalita.

» At quomodo probabitur stuprum violentum? quid enim si stuprator confiteatur stuprum, violentiam autem neget, quam tamen stuprata ad cui exculpationem praetendat? id quod saepissime accidit. Sane violentiam probari, si mulier magno clamore imploraverit alicujus opem, tradit Jod. Damhoud in *prax.*

rer. crim. c. 95. n. 9. Joh. Bajard. In *addit. ad Jul. Clar.* 1. 5. *senten.* §. *stuprum n.* 40. quod si vero in sylvis, aliisque locis remotis, ubi vox oppressae non facile audiri solet vis illata fuerit: mulieres assertioni de vi illata conquerentes non credi, etiamsi ea sit honestae vitae, ac famae, scribit Cravet. *cons.* 41. *n.* 2.

» Quod licet simpliciter non negaverim; cum nec solam mulieris oppressae assertionem indicium ad torturam facere, sed rem totam judicis arbitrio relinquendam esse existimem: attamen hoc monitum velim, multum fidei esse in hac re tribuendum querelae stupratae, si nempe haec, quamprimum stuprum violentum passa fuerit, judicem adeat, e de vi illata conqueratur: cum e contra ex silentio stupratae non levis praesumtio contra eam, quod in stuprum consenserit, oriatur. *Carpzovii Pract. rer. crim. P.* 2. *Quaest.* 75. *n.* 86. *e* 87.

Dalla già nostra corte di cassazione si consagrò la giurisprudenza, che nello stupro dee rinvenirsi la violenza effettiva, e reale, e non già la presuntiva; estremo, che può soltanto costituire questo misfatto nel senso della legge. Prima decisione de'7 dicembre 1813.

» *Fatto.* La donzella di anni undici, e tre mesi Anna Palma Scioll, portossi nel dì 26 giugno 1812 in Atri a vendere degli asparagi. Li vende; ma sopprayvenuta la notte rimase sola nella piazza di quella Città. Le si appressarono delle varie persone esibendole degli uffizj. Ebbe luogo tra queste Santino Capretti, che si offrì di guidarla nel cammino, e ricondurla nella di lei casa. La donzella non rifiutò l'esibizione. Uscirono entrambi fuori la Città. Ma giunti in un luogo rimoto il Capretti strupra con violenza la fanciulla; e parte.

» La corte criminale di Teramo per decisione pronunciata nel dì 29 luglio del corrente anno 1813 dichiara il Capretti colpevole di stupro violento su di una impubere. Cita gli art. 223 e 227 della vecchia legge penale. Li paragona col 332 della legge imperante, e si pronuncia per quindici anni di lavori forzati.

» Il condannato presenta de'varj mezzi per cassazione: 1.° La fanciulla disse, che il suo violatore era vajuolato sul volto. Il dibattimento non ha giustificato questa connotazione; e poichè la medesima non conosceva per nome, e cognome l'imputato, si fà l'atto di affronto. Questo è risultato negativo; ma la corte nella sua decisione non fa menzione di tale risulta: 2.° Nel luogo ove si consumò lo stupro fu rinvenuta una chiave: assoggettata all'esperimento sulle porte della casa, e botteca di Capretti, risultò totalmente in opposizione delle mascature. Questa circostanza si è omessa nella decisione, mentre dall'esistenza della chiave in quel luogo, e dal credersi appartenente al ricorrente, si è voluto trarre un elemento di convizione: 3. Maria Giovanna Carulli è stata varia ne'suoi detti: 4.° Non si è notato in fatto, che molti testimonj a carico han dichiarato la buona morale dell'imputato: 5.° La corte invece di fissare con termini univoci, e precisi la violenza vera, ed effettiva, che è l'unica riconosciuta dalla legge imperante, si è abbandonata alla violenza presuntiva. Questa non più contiene misfatto. Conseguentemente mal si è pronunciata la pena. - Udito il rapporto, ed inteso il cavalier Nicolini avvocato generale, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso. - La corte deliberando nella camera del consiglio - Visti gli atti: vista la decisione: visti li mezzi per cassazione - Sul primo mezzo. È ben vero, che l'atto di affronto è risultato negativo: ma simili considerazioni sono dalla legge depositate alla religione, ed al calcolo morale della corte punitrice. Non è dato alla corte suprema penetrare nell'intima convizione de'giudici. Sul secondo. È pur vero l'esperimento negativo della chiave. Ma anche questa circostanza che è tutta di fatto è confidata esclusivamente alla esattezza delle corti. Il loro giudizio non cade in esame presso la corte suprema - Sul terzo, e quarto mezzo - Vale la stessa risposta data ai mezzi precedenti - Sul quinto - Considerando, che la decisione non offre i fatti semplici esprimenti la violenza vera, ed effettiva - Considerando, che nella combinazione del fatto consegnato colla settima, ed ultima considerazione, va a ravvisarsi, che il principio da cui è partita la corte punitrice, è quella appunto della violenza interpetrativa - Considerando, che ella

fissa su tal principio ed assume per canone, che nell' età di dodici anni non è l' anima capace di libero consenso, e che nella mancanza della libertà nell' assentire si eserciterà sempre violenza. Canone di tal fatta non è universalmente vero. Non è ne straordinario, nè nuovo, che l'età di dodici anni offra spesso delle donzelle già sviluppate. La regola sopraindicata non può conciliarsi, che colla idea di quella violenza interpetrativa, che la vecchia legge fondava sulla sola età impubere. In tal guisa si è espressamente violato l'articolo 332, che non riconosce se non la violenza vera, ed effettiva. L'età impubere è un elemento di convizione della violenza. Ma il valutarla è un operazione libera del criterio morale de' giudici non una forza irresistibile della legge.

» Per tali considerazioni la corte suprema cassa la decisione pronunziata nel dì 29 luglio corrente anno 1813 dalla corte criminale di Teramo insieme col dibattimento dal termine delle 24 ore inclusivamente in poi, e la rinvia a quella di Chieti.

Seconda decisione de' 13 gennaro 1816.

» *Fatto*. La notte de' 10 gennajo 1815 mancò nella casa del parroco di Moscufo la di lui serva Caterina Fonticoli, giovane di diecinove anni. Rinvenuta il dì 13 di quel mese in una casa disabitata di Bartolomeo Tatone, dichiarò, che verso un' ora di notte di quella sera Luigi de Sanctis la indusse a passare nella sua abitazione sotto il pretesto di esser giunta da Picciano in Moscufo la di lei madre, ed il fratello: che verso le ore tre le diede ad intendere di volerla condurre dove la madre, ed il fratello di lei alloggiavano: che giunti innanzi la Chiesa, de Sanctis la lasciò: e che presentatosele improvvisamente Bartolomeo con una pistola in mano, e chiudendole la bocca, la condusse a viva forza in detta casa disabitata, e quindi violentemente la stuprò, giacendosi più volte nelle seguenti notti con lei.

» Su questo fatto la corte criminale di Teramo con decisione de' 25 ottobre 1815 dichiarò Bartolomeo Tatone colpevole di rapimento con frode della minore Caterina Fonticoli per attentare al di lei pudore, e di stupro violento in persona della medesima: ed invocati gli articoli 354. 331 e 21 del cod. pen. lo condannò ad anni otto di reclusione, ed alle spese del giudizio, riserbardo il dritto alla parte offesa di sperimentar sue ragioni pe 'l rinfranco de' danni, ed interessi.

» Il condannato Tatone presentò i seguenti tre mezzi per cassazione contro della riportata condanna.

» 1. L' articolo 354 fu erroneamente applicato; poichè non trattavasi di persona minore rapita dal luogo, ove posta l' avessero coloro, all'autorità, e direzione de' quali trovavasi ella affidata; ma trattavasi di una donna cacciata dalla casa paterna per essersi data in preda di perduti amori; di donna, che avea vissuto con un soldato per quindici giorni; di donna, che si era posta volontariamente a servire.

» 2. La legge esige nel proposto caso la violenza vera, ed effettiva. La corte non solo non fissò alcun elemento riguardante la violenza, o la frode, ma manifestò di aver presunta l' una, e l' altra.

» 3. L' asserzione della donna non dovea meritare alcuna fede per essere troppo noto il di lei interesse a mentire.

» Udito il rapporto: inteso il signor D. Nicola Armellini avvocato del ricorrente: ed inteso l'avvocato generale cavaliere Nicolini, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La corte deliberando nella camera del consiglio.

» Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso.

» Sul primo mezzo - Considerando, che dai fatti semplici consegnati dalla corte non si rileva, che la giovane offesa dimorasse in casa del parroco, perchè ivi posta da coloro, all'autorità, o direzione de' quali era ella sommessa, o affidata, e che perciò malamente sia stato applicato l'articolo 354 del codice penale.

» Sul secondo, e terzo mezzo - Considerando che nella decisione mancano i fatti semplici esprimenti la violenza vera, ed effettiva nello stupro, e che solo dalla terza considerazione si ravvisa, che la corte è partita dal principio, che nè misfatti di simil natura la violenza possa, e debba interpetrarsi,

o presumersi, essendosi espressa ne' termini seguenti » Considera, che il rapimento essendo incominciato colla frode, è chiaro il dissenso della giovane, ed è troppo naturale, che tutto il resto seguisse con violenza » Dimodocchè è venuta la corte in simil modo a violare apertamente l' articolo 332 del codice penale il quale non riconosce, se non la violenza vera, ed effettiva.

» Per tali considerazioni cassa la decisione pronunziata nel dì 25 ottobre 1815 dalla corte criminale di Teramo insieme col dibattimento dal termine delle 24. ore inclusivamente in poi, e rinvia l' affare a quella di Chieti. »

Dalla medesima corte di cassazione con decisione de' 28 giugno 1811 si considerò poi lo stupro come qualunque altro reato capace di essere prescritto - Vedi *Prescrizione* §. 60.

» §. 2. Lo stupro violento mancato sarà » punito col terzo grado di prigionia. *Art.* » 334. *Leg. pen.*

» Lo stupro violento semplicemente ten» tato sarà punito col primo al secondo gra» do di prigionia. *Art.* 335. *Idem.*

L' esempio del tentato stupro violento vien dato da Carpzovio.

» Si quis pudicitiam alicujus mulieris attentans, conjiciendo eam in terram, repugnantem vincere, ac comprimere non possit, vel alio modo impeditur, ad effectum non perveniat.

» Quo casu poena mortis cessat, et reus ob attentatum hoc paena solummodo extraordinaria, ut fustigatione, ac relegatione perpetua puniendus est. *Carpzovii Pract. rer. crim. P.* 2. *Quaest,* 75, *n.* 56. 57.

» §. 3. Lo stupro si presume sempre vio» lento

» 1.° quando sia seguito in persona che » non abbia ancor compiuti gli anni dodeci;

» 2.° quando la persona di cui si abusi » trovisi fuori di sensi, sia per artifizio del» lo stesso colpevole, sia per altra causa:

» 3.° quando sia commesso dagl' institu» tori, direttori o tutori sulle persone di » età minore di sedici anni compiuti affidate » alla loro cura, o direzione:

» 4.° quando sia commesso su prigionie» ri da coloro che sono incaricati della loro « custodia o trasporto. *Art.* 339. *Leg. pen.*

Nel numero 1. di questo articolo sono applicabili la seguenti decisioni.

1.° Nella già nostra corte di cassazione si esaminò il caso se l'impubere accusato di stupro violento e dichiarato colpevole di questo misfatto, possa punirsi con quel grado di pena che corrisponde allo stato di pubertà in cui si rese delinquente. A dì 4 maggio 1811 fu deciso affermativamente.

» *Fatto*. La corte criminale della provincia di Molise con decisione profferita il dì 16 aprile del corrente anno 1811 dichiarò costare, che Raffaele Lalli era colpevole di stupro violento in persona della impubere Mariangela Quaglia; e prendendo in considerazione l' articolo 223 e l' articolo 67 della leg. pen. de' 20 maggio 1808 per essere il Lalli dell' età di anni 15, lo condannò alla pena de' ferri per anni sei, ed alle spese del giudizio.

» Contro di tal decisione il condannato Lalli si provvide di ricorso per cassazione assumendo 1.° Ch' essendo egli un impubere, non era preveduto questo caso dalla legge, e non potendosi supporre in un impubere nè la violenza effettiva, nè la seduzione a questa violenza equiparata, non poteva egli essere condannato al secondo grado de' ferri 2.° Che l' ingenere fu contraddittorio, ed illegale per essere stato il perito un pratico in chirurgia non autorizzato dal governo 3.° Che la pruova testimoniale fu debole, e contraddittoria 4.° Ch' essendo la madre dell' impubere una meretrice, non si potea intendere offeso il pudore in una fanciulla educata in casa, dove insegnavasi la prostituzione.

» Udito il rapporto; ed inteso il pub. minist. nelle sue verbali conclusioni colle quali ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio.

» Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso per cassazione.

» Considerando, che la corte di Molise ha consegnato nella sua decisione, che l' incolpato Lalli sia un giovinetto di anni 15.

» Considerando, che la pubertà dell' uomo per effetto dell' articolo 144 del cod. civ. essendo stata protratta fino all' anno decimo

ottavo, l'imputato Raffaele Lalli riputar si dovea, come impubere, perchè non ancora pervenuto all'anno dieciottesimo compito.

» Considerando, che la leg. pen. nell'articolo 67 esenta gl'impuberi dalla pena de' ferri, e vi sostituisce quella della deportazione temporanea; pur tuttavia la corte di giustizia criminale ha condannato l'impubere Raffaele Lalli alla pena de' ferri in secondo grado con espressa contradizione del citato articolo 67 della leg. penale.

» Per siffatte considerazioni la gran corte ritenendo i fatti semplici conseguati nella decisione insieme colla definizione del delitto, cassa la sola applicazione della pena contenuta nella stessa decisione della corte criminale di Molise del dì 18 dello scorso mese di aprile, e rimette la causa alla corte di giustizia criminale residente in Lucera. »

2.° Nella stessa nostra corte di cassazione si consagrò la massima che l'infante di anni quattro non può considerarsi privo della facoltà di assentire, e che la seduzione nello stupro si eguaglia alla violenza ricercata dalla legge. Decisione de' 19 dicembre 1811.

» *Fatto*. La corte criminale della 1. provincia di Abruzzo ulteriore con decisione del dì 30 agosto 1811 avendo dichiarato Vincenzo Colimori colpevole di stupro qualificato in persona di Pasquale Pozzi fanciullo di anni quattro, l'ha condannato alla pena di ferri per anni 15, a' danni, ed alle spese.

» Avverso tal decisione si è dal condannato prodotto ricorso per cassazione distinto in cinque capi.

» Col primo, e secondo attacca il crtierio de' giudici.

» Col terzo impugna alcune forme dell'ingenere non prima dedotte.

» Col quarto assume male applicata la pena, non essendo nello stupro intervenuta nè violenza, nè seduzione.

» Col quinto il ricorrente si duole di non essersi tenuto conto della sua minor età.

» Udito il rapporto, ed inteso il regio procuratore generale sostituto cavaliere Winspeare, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del minist. pub.

» Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso per cassazione.

» Attento che non è lecito in termini di cassazione impugnare il criterio de' giudici, nè attaccare la decisione per nullità di forme, non dedotte nel termine legale; onde irrecettibile è il ricorso ne' primi tre capi.

» Attento che l'articolo 227 della leg. pen. presume la seduzione nello stupro dell'impubere, ed uguaglia la seduzione medesima, a quella violenza, che l'articolo 223 punisce col terzo grado di ferri; ed è quindi vana l'osservazione dal ricorrente espressa nel quarto capo, cioè che non si sia dichiarato l'intervento nè di seduzione, nè di violenza nello stupro commesso nell'infante di anni quattro destituito della facoltà di assentire.

» Attento che la corte non trovò luogo a quistione intorno all'età del prevenuto, mentre il documento estratto dal libro battesimale lo mostrava di già maggiore nel tempo del delitto; e quindi non ha sussistenza il quinto capo del ricorso.

» Per tali considerazioni la gran corte rigetta il ricorso medesimo. »

In riguardo allo stupro che il tutore possa commettere in persona della sua pupilla l'imperator Costantino inflisse la pena della deportazione, e la confisca de' beni.

» Si tutor pupillam quondam suam, violata castitate stupraverit, deportationi subiungetur, atque universae ejus facultates fisci juribus vendicentur, quamvis eam poenam debuerit sustinere, quam raptori leges imponunt. *L. un. Cod. si quis eam, cujus tut. fuerit, corruperit.*

Casus. Si tutor pupillam factam adultam stupraverit, deportabitur, et bona sua confiscabuntur; licet poena qua raptor virginis punitur fuerit plectendus. »

Cujacio nell'analisi di questa legge espone la turpitudine del tutore in macchiare il pudore di colei, che ha in tutela.

» Debuisset in tam nefandi stupri raptorem infligi poena legis Juliae de vi, quae in raptorem est ultimum supplicium, quia insidiae, quae fiunt huic aetati, persuasiones, et blan-

ditiae vi comparantur, imo secundum legem Solonis, majorem poenam meretur vis, quae fit verbis, et illecebris, quam quae fit manu et viribus, quod haec corpus tantum, illa etiam animum corrumpet....... Turpius est stuprum in tutore, cujus fidei sunt commissi mores pupilli. Nec ineleganter Quintilianus Declamat. 284 duci proditori comparat tutorem violatorem pupillae. Nam et hic quid aliud est quam proditor pupillae? Turpius, inquam, est stuprum in tutore, maxime si non per matrimonium qualecumque contractum sit. *Cujacii Comment. in tit.* 1. *si quis eam cujus tut. fuerit corruperit. Lib.* 9. *Cod.*

» §. 4. I reati indicati nè precedenti articoli, consumati, tentati, o mancati saran puniti con un grado di più delle pene ivi stabilite, quando il colpevole si sia servito della sua qualità di ufiziale pubblico, o sia un domestico con salario delle persone offese, o pure sia una delle persone designate ne' numeri 3 e 4 dell' articolo precedente. *Art.* 340. *Leg. pen.*

È ben dovuta la severità della pena a coloro che ricorrono all' impero della loro dignità per lordarsi di così turpe reato. Questi, che veggono nel loro grado il maggior dei doveri per mantenere illibata la loro vita, e trattare con austerità i loro costumi » questi uomini, al dir del conte Berlier al corpo legislativo di Parigi, deggiono agli altri cittadini l'esempio di una condotta pura, e senza macchia; più riprensibili allorchè cadono in delitti, più colpevoli quando commettono misfatti, essi deggiono esser puniti con rigore maggiore. *Esposiz. de' motivi sul cod. pen. de'* 6. *febbrajo* 1810.

» §. 5. I reati indicati negli articoli precedenti consumati, mancati, o tentati saran puniti con un grado di più delle pene ivi stabilite in ognuno de' seguenti tre casi.

» 1.° se il colpevole nell' eseguire il misfatto venga ajutato da una o più persone:

» 2.° se vi abbia impiegato armi:

» 3.° se la persona contro di cui si è usata violenza, o se altra persona che è accorsa in suo ajuto, sia stata ferita o percossa, quando anche la ferita o percossa non abbia i caratteri di omicidio tentato o mancato. *Art.* 341. *Leg. pen.*

L' abolita nostra corte di cassazione a' 17 agosto 1811 decise, che il carattere della violenza nello stupro risulta chiaramente espresso dalla impugnazione di un arma, dalla scarica del facile, e dalle minacce di vita in persona della giovane stuprata.

» *Fatto*. La corte criminale della provincia di Terra di Lavoro con decisione profferita il dì 24 maggio del corrente anno 1811 dichiarò costare che Domenico Russo era colpevole di stupro qualificato, commesso con violenza l'anno 1804 nella persona di Rosa Mazzarella; e non costare, che fosse vagabondo. E prendendo in considerazione di essere la nuova legge più mite dell' antica, applicò l'articolo 223 della leg. pen. e condannò il nominato Domenico Russo alla pena di undici anni di ferri, ed alle spese del giudizio.

» Contro di tal decisione il condannato produsse ricorso per cassazione assumendo 1.° Che la corte non avea trascritto, a norma dell' articolo 205 del regolamento, le leggi romane citate nella sua decisione: 2.° Che l'articolo 223 della leg. pen. suppone la violenza vera, ed effettiva; mentre per l'opposto la stuprata disse in dibattimento semplicemente di esserle stato levato l'onore: 3.° Che contra al real decreto de' 29 ottobre 1809 non si erano lette le deposizioni di due testimonj non intervenuti in dibattimento perchè morti: 4.° Che contra l'articolo 207 del regolamento la corte l'avea condannato alle spese, non dimandate dal pub. accusatore.

» Udito il rapporto; ed inteso il regio procuratore generale cavaliere Poerio nelle sue verbali conclusioni, colle quli ha chiesto il rigetto del ricorso.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio - Visti gli atti: vista la decisione: visto il ricorso per cassazione - Facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Considerando, che nell' articolo 205 del regolamento de' 20 maggio 1808 vien stabilito, che si trascriva intera la legge, che si applica al fatto, sul quale si giudica, e non ogni altra legge, che per incidente si citi nella decisione; come ha preteso il patrocinatore dell' imputato; ed avendo la corte di giustizia criminale di Terra di Lavoro interamente trascritto l' articolo 223 della leg. pen. appli-

cabile al fatto in quistione, non solo non ha violato il rito, ma si è esattamente conformata alla legge.

» Considerando, che da' fatti consegnati nella decisione risulta l'effettiva violenza nello stupro commesso da Domenico Russo in persona di Rosa Mazzarella con impugnazione di arma, scarico di fucile, e minacce di vita; ond'è, che la corte ha bene definito il grado del delitto, e l'impugnarlo sarebbe lo stesso, che attaccare il criterio morale de' giudici, ch'è intangibile.

» Considerando, che avendo la corte deliberato di non leggersi le deposizioni di due testimoni a carico trapassati Michelangelo Tomeo, ed Antonio Amato, non ha con siffatta deliberazione violato l'articolo 1.° del real decreto de' 29 ottobre 1810; giacchè il medesimo non obbliga, ma lascia all'arbitrio de' giudici di leggere le deposizioni de' morti, quando lo credano necessario.

» Considerando, che l'avere la corte stessa nella sua decisione condannato l'imputato alla rifazione delle spese del giudizio a beneficio del real tesoro non richieste dal pub. minist. non è mezzo valevole a far cassare la decisione in forza dell'articolo 207 del citato regolamento; giacchè sebbene in esso si esigga la dimanda, pure col seguente real decreto de' 23 gennaro 1809 il legislatore nell' articolo 11 ha prescritto, che in tutti i giudicati criminali, e correzionali, che stabiliscono condanna qualunque, le corti debbono nel tempo stesso pronunziare a beneficio del real tesoro il rimborzo delle spese causate dal processo, e fissarne la liquidazione, locchè dimostra non esservi più necessaria la dimanda, e che la corte lo debba pronunziare *ex officio*.

» Per siffatte considerazioni la gran corte rigetta il ricorso. »

» §. 6. I reati preveduti ne' precedenti ar-
» ticoli, tentati mancati o consumati, saran-
» no puniti col quarto grado de' ferri, quan-
» do la ferita o percossa menzionata nel nu-
» mero 3.° dell' articolo precedente abbia i
» caratteri di omicidio tentato o mancato.

» Se vi sia intervenuto l'omicidio, la pe-
» na sarà quella di morte. *Art.* 342. *Leg.pen.*

Nella suprema corte di giustizia si elevò la questione, se uccisa una donna dopo averla strupata, importi esservi un nesso tra l'omicidio e lo strupo in modo che il primo misfatto s' intenda commesso, perchè l' uccisore non poteva in avvenire abusare della donna. Con decisione de' 22 marzo 1824 si accolse la negativa; nella intelligenza, che il proposto articolo ha inteso esclusivamente parlare di attuale abuso commesso come causa dell'omicidio.

» *Fatto*. La gran corte criminale di Molise con decisione de' 16 dicembre 1820 dichiarò costare, che Gioacchino Lariccia avea commesso stupro violento in persona di Marianna di Martino, con omicidio volontario della stuprata medesima: ed applicato l'articolo 342 delle leggi penali lo condannò alla pena di morte.

» Questa decisione a ricorso del condannato fu dalla corte suprema annullata con arresto degli 11 febbrajo 1822 e la causa fu rinviata alla gran corte criminale di Lucera.

» La novella gran corte dopo di aver tenuta la pubblica discussione pronunziò nel dì 2 luglio 1823 la sua decisione, colla quale stabilì il seguente fatto.

» 1.° Gioacchino Lariccia nel dì 15 agosto 1819 si recò nella casa di Marianna di Martino, e deciso a farne abuso pretese, che la stessa seguito lo avesse in campagna per prestarsi a'suoi lascivi disegni. Le di lei ripugnanze determinarono Lariccia a percuoterla, tanto che la zia di Martino ne produsse querela alla giustizia circondariale.

» 2.° Non si arrestò il Lariccia a questo reato, ma fu persistente nel disegno di abusare di detta donna. Nella notte precedente al dì 2 settembre 1819 alle ore tre circa si recò presso la porta della di costei abitazione, ed importunata ad aprirla si rifiutò vieppiù, perchè Francesco Supino nella sera istessa l'avea avvertita delle minacce eruttate dall' imputato contro di lei. Dispiaciuto di tale rifiuto, tentò di scassinare la porta, per cui l'infelice di Martino sopraffatto da timore, e credendo di evitare maggiori disgrazie s'indusse ad aprirla, ed obbligata dal prevenuto a seguirlo non potè ricusarsi. Condotta piangente nella vigna detta di Silla Massa, ivi il Lariccia armato di scure, e bajonetta, espresse la idea di volerne abusare, e per averne incontrata

resistenza, le vibrò de' pugni sul viso, e fattola sdrajare sul suolo appagò i suoi lascivi disegni, al pari che fece un tal Giovanni Varanese, che in quel sito istesso trovavasi in unione del surriferito Francesco Supino. Soddisfatto il Lariccia, la disgraziata di Martino erasi disposta a recarsi altrove, ma restò delusa, giacchè l'imputato dopo averle dirette le seguenti parole *cogli altri ti metti, e con me nò, e poi vai a far querela*; nel sentire, che ella rispose *ci sò juta, e ci rivado*, le scagliò sulla testa due colpi colla scure, uno de' quali col taglio, e la privò di vita; precipitandola in seguito in un pozzo sito nella vigna di Michele Nasella, ove con reiterate minacce Francesco Supino, Nicola Angelo, e Vincenzo Josuè furono obbligati a trascinarla.

» Quindi dichiarò costare, che Gioacchino Lariccia avea commesso stupro violento in persona di Marianna di Martino, ed omicidio volontario nella persona della medesima di Martino successivo allo stupro violento.

» Passò in seguito la gran corte ad esaminare la quistione, se Lariccia poteva esser compreso nell' indulto degli 8 agosto 1820, e dopo di aver considerato 1.° che attesi i fatti espressi precedentemente, dubbio non eravi che quantunque Lariccia fosse stato arrestato a' 7 settembre 1820, pur tuttavia doveva essere escluso dall' indulto, perchè la determinazione dell' omicidio essendo dipesa dalla risposta data dalla di Martino a Lariccia comprovante la di lei decisa idea di negarsi in prosieguo a' suoi lascivi disegni, era ben chiaro, che l' omicidio avvenne pel solo oggetto di non poterne abusare ove, e quando gli fosse piaciuto: 2.° e che tal ragione era maggiormente adattatabile al riflettersi, che essendosi escluso dall' indulto l'omicida si nel caso che abbia abusato della donna che nel caso opposto, ciò dimostrava di non aver voluto il legislatore abolire l' azion penale contro l' omicida di colei, che si negava al successivo di lei abuso, dichiarò il detto Lariccia escluso dall' indulto suddetto; applicato perciò l' articolo 342 delle leggi penali lo condannò alla pena di morte, ed alle spese del giudizio.

» Questa decisione fu dallo stesso condannato Lariccia impugnata con ricorso per annullamento, allegando i seguenti mezzi.

» 1.° Essendosi sviluppato in dibattimento, che il testimone a carico Giovanni Veronese avea avuto anche egli commercio colla di Martino fu da esso ricorrente eccezionato; giacchè dovea considerarsi come complice, ma la gran corte rigettò tale eccezione:

» 2.° Si è mancato di esprimere nella decisione, che la di Martino era una pubblica meretrice, e che mentre andava in campagna con esso ricorrente, non solo non le fu fatta alcuna violenza, ma a' suoi timori di essere uccisa fu assicurata che si voleva semplicemante aver con essa commercio carnale, come era stato per lo passato, e come si prestava con gli altri.

» 3.° La gran corte ha ritenuti come prova della violenza alcuni pugni, che dicevasi dati alla di Martino. Questi pugni oltre di essere deposti da testimonj sospetti, non costituiscono la violenza effettiva richiesta dalla legge.

» 4.° Egli dovea essere ammesso al godimento dell' indulto degli 8 agosto 1820, giacchè l' omicidio presentò i caratteri di semplice omicidio volontario senza avere alcun rapporto collo stupro già prima consumato.

» Udito il rapporto; ed inteso l' avvocato generale Vecchioni, che colle sue verbali conclusioni, accogliendo il solo ultimo mezzo, ha chiesto, che ritenuti i fatti semplici, e la definizione del reato si annulli quella sola parte della decisione, che riguarda la esclusione di Lariccia dall' indulto, e l' applicazione della pena:

» La corte suprema di giustizia, deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. in quanto al solo annullamento.

» Visti gli atti: Vista la decisione: Visto il ricorso:

Considerando, che coll' articolo 1 del real decreto degli 8 agosto 1820 fu dichiarata estinta l' azion penale per tutt' i misfatti commessi sino al dì 7 luglio dell' anno stesso, e per tutti coloro che a tal epoca non si trovavano arrestati:

» Considerando che coll' articolo 3 del decreto medesimo furono esclusi dall' indulto gli

omicidj per abuso della persona uccisa, fosse o pur no seguito l'abuso.

» Considerando, che l'omicidio commesso dal Lariccia in persona di Marianna di Martino sia avvenuto prima dell'epoca de' 7 luglio 1820, e che all'epoca medesima l'imputato non trovavasi in arresto; per cui dovea godere dell'indulto suddetto, purchè non fosse compreso nella eccezione indicata nell'articolo 3 del citato real decreto.

» Considerando, che il fatto stabilito dalla gran corte nella sua decisione non offre, che l'omicidio sia stato commesso per abuso della persona uccisa. Di fatti l'omicidio per abuso si ha allorchè siasi commesso per conseguire l'abuso nel momento, o pure per vendetta della resistenza, e della negativa della persona di cui si volesse abusare, cosicchè tra l'omicidio, e l'abuso vi sia uno strettissimo nesso. Dal fatto ritenuto nella decisione si ha, che dopo di essersi consumato lo stupro la di Martino erasi già disposta a partire, ed avendole Lariccia detto *cogli altri ti metti, e con me nò, e poi vai a far querela*, essa immediatamente rispose *ci nò juta, e ci vado*, e fu allora, che ricevè da Lariccia i colpi letali. Se dunque lo stupro erasi già consumato; e se una cirostanza tutta nuova diede causa all'omicidio, niun nesso passò fra l'uno e l'altro, e l'omicidio non fu punto commesso per causa dell'abuso. Nè è consentaneo allo spirito della legge ciò, che la gran corte ha considerato, che l'omicidio cioè era stato commesso perchè l'uccisore non potea in avvenire abusare della donna, polchè avendo il legislatore inteso parlare di abuso attuale, non possono le disposizioni penali estendersi a de' casi non previsti, ed a danno degl' imputati :

» Considerando, che non essendosi l'omicidio commesso per abuso della persona uccisa, e non dovendosi perciò considerar come compreso fra' misfatti esclusi dall'indulto, dovea l'imputato ammettersi al godimento dell' indulto medesimo. Quindi avendo la gran corte dichiarato il Lariccia escluso dall' indulto mentovato, ha senza dubbio violati non solo gli articoli 1 e 3 del real decreti degli 8 agosto 1820, ma ancora l'articolo 342 delle leggi penali così concepiti.

» 1.° Le azioni penali per tutt' i misfatti commessi nei nostri dominj, di qua del faro prima de' 7 luglio 1820 epoca della proclamazione del nuovo regime costituzionale, sono aboliti per tutti coloro, che all'epoca suddetta non trovansi nelle forze delle rispettive gran corti criminali. Se gli autori non però di misfatti aboliti si fossero dopo l'epoca suddetta resi colpevoli di altro misfatto, si riguarderanno come decaduti dal presente beneficio. »

» 3.° Sono sempre eccettuati dal perdono il parricidio, il veneficio, la calunnia, e la falsa testimonianza nelle cause capitali, l'omicidio per causa di furto, l'omicidio per abuso della persona uccisa sia o no seguito l'abuso, i grassatori di pubbliche strade. »

» 3.° I reati preveduti ne' precedenti articoli, tentati, mancati o consumati saranno puniti col quarto grado de' ferri quando la ferita o percossa menzionata al numero 3 dell' articolo precedente abbia i caratteri di omicidio tentato, o mancato :

» Se vi sia intervenuto l'omicidio, la pena sarà quella di morte.

» Per tali considerazioni, ritenuti i fatti espressi nella decisione, annulla quella parte della medesima, che riguarda la definizione del reato, la esclusione dell' imputato dall' indulto, e l'applicazione della pena; e rinvia la causa alla gran corte criminale di Chieti.

» §. 7. I reati preveduti negli articoli
» 333 e 336 commessi in persona di una
» pubblica meretrice, son puniti con uno a
» due gradi meno. *Art.* 343. *Leg. pen.*

Malgrado la qualità di pubblica meretrice Marcello dichiara benanche commettersi il reato di stupro in persona di costei.

» Stuprum intelligitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent, vulgoque quaestum facerent, etiam si non palam. *L.* 41. *D. de ritu nuptiarum.*

Ulpiano su la qualità di pubblica meretrice ci fa osservare non riguardarsi tale soltanto colei che si prostituisce nei lupanari, ma anche quella, che in ogni altro luogo si abbandona alla dissolutezza.

» Palam quaestum facere dicimus, non tantum eam, quae in lupanario se prostituit (*locus meretricibus destinatus ad hoc solum; ut sui formam venalem exhibeant*) verum etiam

si qua; ut adsolet, (*idest solitum est*) in taberna (*Taberna est locus ubi comestibilia venduntur, et comedentes recipiuntur, non ad cubandum; vel ad equos stabulandos; sed ad comedendum tantum, at caupona ubi etiam advenae et ad comedendum, et ad cubandum; non ad stabulandum*) caupona, vel qua alia (*scilicet taberna, vel domo*) pudori suo non parcit. Palam autem sic accipimus passim, hoc est sine delectu; non si qua adulteris, vel stupratoribus se committit (*cum delectu*); sed quae vicem (*idest morem*) prostitutae sustinet. Item quae cum uno, et altero (*scilicet tantum*) pecunia accepta commiscuit, non videtur palam corpore quaestum facere. Rectissime tamen Octavenus ait etiam eam, quae sine quaestu palam se prostituerit, debuisse his connumerari. Non solum autem ea quae facit, verum ea quoque quae fecit, et si facere desiit lege notatur. Neque enim aboletur turpitudo, quae postea intermissa est. *L. 43. D. de ritu nuptiarum.*

» §. 8. Senza istanza della parte privata
» non si apre adito all'azione penale ne reati
» di stupro, di ratto, di adulterio, o di al-
» tro violento attentato al pudore.

» Quando però alcuno di questi reati sia
» accompagnato da altro misfatto, o sia com-
» messo con riunione armata, l'esercizio dell'
» azione penale è indipendente dalla istanza
» privata. *Art. 40. Leg. di proced. ne*
» *giud. pen.*

La riunione di due persone armate, che vicendevolmente si ajutono a commettere uno stupro non costituisce il carattere della pubblica violenza. Quindi basta la rinunzia della parte offesa per non dar luogo a procedimento penale. Decisione della suprema corte di giustizia de' 23 febbrajo 1820.

» *Fatto.* Furono accusati Ignazio Pullano, e Francesco Camino di stupro violento commesso in persona di Carmela Paonessa con armi, e collo scambievole ajuto.

» Compilate talune carte, la stuprata Paonessa rimise l'offesa agli stupratori, e rinunziò ad ogni istanza contro di loro.

» Il pubblico accusatore presso la gran corte criminale della seconda calabria ulteriore, prendendo in considerazione l'art. 2. del real decreto de' 12 febbrajo 1817, e l'art. 214 del cessato codice penale, dimandò con sua requisitoria dei 14 agosto 1819; che la gran corte dichiarasse abolita l'azione penale condannando i convenuti alle spese sino allora erogate.

» La gran corte criminale di Catanzaro con decisione de' 21 dello stesso mese di agosto, considerando, che il reato in quistione era stato commesso coll' adunamento di due persone armate, le quali aveano fatto uso delle armi per la consumazione del medesimo, e si erano ajutati scambievolmente, ordinò, che si spingesse avanti il giudizio.

» Intimata questa decisione all' accusator pubblico il dì 3 dicembre 1819 il medesimo ne chiese con ricorso l'annullamento, deducendo, che si eran violati il real decreto de' 12 febbrajo 1817, l' art. 214 del cassato codice penale, l' art. 40 delle leggi di procedura penale, e l'art. 147 delle leggi penali.

» Udito il rapporto; ed inteso l'avvocato generale cav. Nicolini, che colle sue verbali conclusioni ha chiesto l'annullamento della decisione ed il rinvio ad altra gran corte criminale: la corte suprema di giustizia facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. Visti gli atti: vista la decisione; visto il ricorso: visti gli art. 1, e 2 del real decreto de' 12 febbrajo 1817 così concepito - I funzionarj del pub. minist. senza la istanza della persona offesa, o di quella, che legittimamente la rappresenta non eserciteranno l' azion pubblica...... nei reati di stupro, ratto, adulterio, o altro violento attentato al pudore. Ma se uno di tali reati sia accompagnato da un' altro misfatto, o da riunione armata, l' azione pubblica sarà esercitata anche senza l' istanza della parte privata.

» Visto l' art. 214 del cessato codice penale così concepito - Ogni riunione d' individui per un misfatto, o per un delitto è riputata riunione armata, quando più di due persone portino armi palesi.

» Visto l' art. 40 delle leggi di procedura penale così concepito - Senza istanza della parte privata non si apre adito all'azion penale nei reati di stupro, di ratto, di adulterio, o di altro violento attentato al pudore. Quando però alcuno di questi reati sia accompagnato da altro misfatto, o sia commesso

con riunione armata l'esercizio dell'azion penale è indipendente dall'istanza privata.

» Visto l'art. 147 delle leggi penali così concepito. È accompagnato da violenza pubblica ogni reato commesso da un numero non minore di tre individui riuniti a fine di delinquere, dei quali due almeno sieno portatori di armi proprie.

» Vista la circolare de' 27 novembre 1819 contenente la sovrana risoluzione presa il dì 21 di quel mese, con cui S. M. dichiarò, che i reati di stupro, di ratto, di adulterio, e di altro violento attentato al pudore dovessero riputarsi commessi con riunione armata, allorchè vi concorra la violenza pubblica ai termini dell'art. 147 delle leggi penali.

» Atteso che la riunione armata considerata per l'art. 214 del cessato codice penale esigeva, che più di due persone portassero armi palesi; e considerata coll'art. 147 delle nuove leggi penali esige numero non minore di tre, dei quali due almeno fossero portatori di armi proprie.

» Atteso che per potersi dar luogo all'azion pubblica nei reati di stupro è necessario, che vi concorra la riunione armata ai termini della legge.

» Atteso che il fatto in quistione presenta uno stupro commesso da due persone armate, e la rinunzia della parte offesa ad ogni istanza; in conseguenza di che non può per dritto aver luogo l'esercizio dell'azion pubblica.

» Per tali considerazioni annulla. ec.

» **SUCCESSIONE** §. 1. **Le successioni si » aprono per la morte naturale, o per con- » danna portante la privazione de' dritti civili.** ***Art.*** **638** ***Leg. civ.***

Colle successioni aperte per la morte o per la condanna, che fa riguardar per morto alcuno, si ha l'eredità. Difatti questa non è altro che una successione nel dritto totale del defunto o del condannato reso eguale al defunto. Così Cajo.

» Nihil est aliud hereditas, quam successio in universum jus quod defunctus habuit. ***L. 24 D. de verbor signif.***

» Subito che noi passiamo all' altra vita, dice il tribuno Simeon, tutti i vincoli, che ritenevano le nostre proprietà nella nostra dipendenza, si rompono: la sola legge può rinnovarli; senza di essa i beni privi de' loro padroni sarebbero del primo occupante: ogni morte ricondurrebbe l'incertezza, e i disordini che lo stato sociale ha fatto cessare. La successione adunque è una istituzione civile, per mezzo della quale la legge trasmette ad un proprietario nuovo, e distingue da principio la cosa che ha perduto il proprietario precedente. La sola morte apre la successione di un' uomo vivo.

» D' altronde non si riguarda mai colpevole colui il quale, grazie all' umanità delle leggi, ha conservato il suo capo, ma macchiato dal sigillo dell' infamia. Egli respira: non è separato dalla natura: lo è dalla società che ha gravemente offeso. Ella dunque si ha ritirate quelle prerogative che compartisce; proteggerà ancora la vita che gli ha lasciata, ma come quella di uno schiavo della pena che nulla può possedere, che non ha esistenza, nè dritti civili. Quindi la morte civile come la naturale opera la successione. *Esposizione de motivi sul cod. civ. n.* 54.

Quale è la condanna portante la privazione dei dritti civili d'onde si apre la successione?

Secondo il responso di Africano le leggi romane riguardavano la condanna alla pena di morte, ed alla interdizione dell' acqua, e del fuoco come un motivo ad impedire l' acquisto di ogni successione.

» Edicto praetoris bonorum possessio iis denegatur, qui rei capitalis damnati sunt, nec in integrum restituti sunt. Rei autem capitalis damnatus intelligitur is cui poena mors, aut aquae et ignis interdictio sit. Cum autem in relegationem quis erit (*nam hic retinet civitatem, et libertatem*) ad bonorum possessionem admittitur *L.* 13. *D. de bonor. possessionib.*

Casus. **Si aliqui sunt damnati capitalis rei, idest alicujus delicti, sive criminis capitalis, vel alicujus accusationis capitalis, neque sunt in integrum restituti, denegatur eis bonorum possessio edicto praetoris. Is autem intelligitur damnatus rei capitalis, cui sit poena mors, aut interdictio ignis et aquae. Cum autem in relegatione quis erit, admittitur ad bonorum possessionem.** ***Vivianus.***

Secondo la nuova legislazione, oltre la pe-

na di morte, l'articolo 16 delle leggi penali dispone che

» Il condannato all'ergastolo perde la proprietà di tutti i beni che possedeva: la sua successione è aperta a vantaggio de'suoi eredi, come se egli fosse morto senza testamento, non potendo più disporre nè per atto tra vivi, nè per testamento, di tutti, o di parte de'suoi beni.

» Non può nè anche acquistare nè per atto tra vivi nè per causa di morte. Tuttavia la legge lo considera come mezzo, ed organo per potere i di lui discendenti conseguire i dritti successorj, ed i condizionali che si verificheranno a suo favore. »

» §. 2. La successione per condanna por» tante la privazione de'dritti civili è aper» ta dal momento in cui questa viene inflitta, » in conformità delle disposizioni della sezio» ne 2. del capitolo 2. *della privazione dei dritti civili* lib. 1.° titolo 1.° *Art* 639 *leg. civ.*

Tra le disposizioni contenute nella sezione 2. del capitolo 2.° della privazione dei dritti civili di cui parla il presente articolo ve n'è una, che richiama un esame particolare.

Con l'articolo 30 è disposto, che le condanne in contumacia non produrranno la privazione de'dritti civili, che dopo cinque anni successivi alla loro pubblicazione, nel decorso de'quali può il condannato presentarsi. Il condannato in contumacia adunque non apre la sua successione *ab intestato* se non decorsi cinque anni dal giorno della condanna pubblicata. Or questa condanna essendo per misfatto può contenere diverso genere di pena, cioè quella di morte, dell'ergastolo, dei ferri anche nel presidio, della reclusione, della relegazione, dell'esilio dal regno, della interdizione da'pubblici ufizj, e della interdizione patrimoniale (*art.* 3. *Leg. pen.*) Queste pene tostocchè sono pronunciete in contumacia danno tutte indistintamente luogo alla successione del condannato?

L'articolo in esame non parla che di *condanna portante la privazione de' dritti civili*; cioè la *privazione totale*, come è la condanna dell'ergastolo; giacchè la condanna di morte fa chiaramente vedere, che appena profferita, e pubblicata comprende la perdita dei dritti civili, ed apre per se stessa la successione del condannato. Le altre condanne per misfatto abbenchè producono anche la perdita di alcuni dritti civili durante la pena; non sono esse valevoli ad aprire la successione del condannato. Tale è la interdizione patrimoniale che porta il divieto di amministrare il proprio patrimonio (*art.* 15. *Leg. pen.*) la interdizione da'pubblici ufizj, che esclude il condannato da ogni funzione o impiego pubblico (*art.* 14. *Idem*) la relegazione che interdice il condannato da'pubblici ufizj durante la pena (*art.* 18. *Idem*) la condanna a'ferri anche nel presidio, ed alla reclusione che porta la perpetua interdizione da'pubblici ufizj e la interdizione patrimoniale durante la pena (*art.* 17. *Idem*). Il condannato all'ergastolo viene adunque più precisamente compreso nel caso della legge. Egli è staccato della società; e perchè recluso per tutta la vita nel forte di un isola (*art.* 7. *Idem*) è il solo che perde totalmente l'esercizio de'suoi dritti civili. Difatti egli non ha più la proprietà di tutti i beni che possedeva: la sua successione è aperta a vantaggio de'suoi eredi, come se egli fosse morto senza testamento. (*art.* 16. *Idem*).

Quindi di tutte le pene per misfatti, che possono pronunciarsi in contumacia e che producono la privazione totale dei dritti civili, quelle dell'ergastolo, e di morte, rendono la successione del condannato aperta a vantaggio de' suoi eredi.

Abbiamo già detto che il condannato di cui fa menzione l'articolo in esame da luogo alla successione de'suoi beni dal momento in cui la condanna viene pubblicata. Le disposizioni ch'egli abbia fatto prendente il giudizio, ma prima di questa condanna, si hanno per valide in dritto? Su l'autorità di Marziano abbiam deciso, per l'affermativa. Vedi *Dritti civili* §. 20.

Sul dippiù che riguarda le altre disposizioni in rapporto alla privazione dei dritti civili, Vedi anche *Diritti civili* §. 17. *a* 23.

» §. 3. Ignorandosi la morte di più persone » si presume morta sempre la più avanzata in » età. *Art.* 640. *Leg. civ.*

L'esempio vien dato da Jaboleno.

» Cum pubere filio mater naufragio periit. Cum explorari non possit uter prior ex-

tinctus sit, humanius est credere filium diutius (*ut sic servetur ordo mortalitatis*) vixisse. *L. 22. D. de rebus dubiis.*

Casus. Adhuc revertitur jurisconsultus ad illam materiam de illis qui simul perierunt, et dicit quod si mater perierit naufragio cum filio suo pubere, credimus filium ei supervixisse; ut sic extiterit heres matri, et agnati ipsius filii extiterint heredes ipsi filio. *Vivianus.*

D'altronde Cajo in ragione della debole età nel fanciullo crede che questi sia ad intendersi morto prima della madre se avviene che s'ignori la morte di amendue.

» Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intelligitur (*propter debilem aetatem*) *L. 24. D. de rebus dubiis.*

» §. 4. Se più persone rispettivamente chia- » mate alla sucessione l'una dell'altra peri- » scono per uno stesso infortunio, inclusa an- » che la guerra e la peste, senza che si possa » scoprire quale fra di esse è premorta, la » presunzione della sopravvivenza è determi- » nata dalle circostanze di fatto, ed in man- » canza di queste dal vigore dell'età, o del » sesso. *Art. 641. Leg. civ.*

» Quantunque la morte naturale » osservava il tribuno Simeon » sia uno dei fatti li più evidenti, e li più facili a provare, ella giunge qualche volta tropp'oltre senza che si trovino de'testimonj: altre volte ella si estende nel tempo medesimo in un gran disastro su di più persone senza che si sappia quali fra quelle vi sieno soggiaciute le prime.

» Questo mistero è indifferente a metterlo a giorno se queste persone non han tra di loro alcun rapporto di capacità di succedere; ma se un padre ed un figlio, se una sorella, ed un fratello sono periti nel medesimo naufragio o incendio, importa in questo caso di determinare chi sia colui che è morto prima dell'altro; poichè colui il quale ha sopravissuto, ancorchè non fosse che di un'istante, si ha per succeduto. Egli ha trasmesso i suoi dritti ai suoi eredi, e la sua propria successione è quella che passò un momento sul suo capo; secondocchè si presumerà la sopravvivenza dell'uno o dell'altro gli eredi saranno differenti. È convenuto stabilire su di questo caso che i viaggi oltre mare, e mille accidenti siano a fissare un interesse comune. Si è cercato di mettere, per quanto si è potuto, le presunzioni costanti della legge nel luogo delle supposizioni, e degli argomenti interessanti delle parti. Non si potevano intanto escludere le circostanze di fatto: esse avevano il primo posto in questa discussione; poichè i fatti sono al di sopra della presunzioni, le quali non possono esserne che il supplimento.

» Così quantunque sia presumibile in una rovina comune che il più forte sia perito l'ultimo, questa presunzione cessarebbe se fosse provato che il pericolo capitale abbia da principio, e pria di ogni altro investito il più forte prima di giungere al più debole. Le congetture ricavate dalla forza dell'età o del sesso saranno sempre subordinate alle circostanze di fatto. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n. 54.*

Vedi le leggi romane riportate nel §. precedente.

»Su le regole della presunzione stabilite coll'articolo in esame, gli autori delle pandette francesi vengono poi ad osservare, che » il codice civile decide come Lebrun, che la prima regola da seguirsi è la presunzione che risulta dalle circostanze del fatto, e che in mancanza di queste ella può dipendere dalla considerazione dell'età, e del sesso.

» Non era possibile di dare regole fisse sulle circostanze che debbono servir di base alla decisione, perchè queste possono diversificare all'infinito. In conseguenza e necessariamente sono abbandonate all'arbitrio, ed al discernimento del giudice.

» Su quest'oggetto non si possono proporre che alcuni casi i quali serviranno ad illuminare o a dirigere l'opinione.

» Per primo esempio non si può dubitare che il fuoco il quale ha incominciato nel primo piano di una casa, non abbia consumato coloro che vi dormivano, prima di consumare le persone che dormivano nè piani superiori guadagnati dopo dal fuoco. Per secondo esempio è moralmente sicuro che il figlio il quale in un giorno di battaglia si trovava all'armata nella vanguardia sia morto primo del padre ch'era alla retroguardia.

» Così ancora in un comune naufragio si dee presumere che le persone le quali sono state le prime a sparire dalle acque, sieno morte avanti di quelle che vi sono state vedute per più lungo tempo. Vi sono altri casi simili.

» Non si mette in dubbio che su queste diverse circostanze i giudici possono ammettere la prova testimoniale; giacchè sono fatti materiali che non si possono precisamente conoscere che dalle relazioni di coloro in presenza de' quali questi fatti sono accaduti.

» Quando mancano queste circostanze, ed il fatto è in conseguenza interamente sconosciuto, bisogna assolutamente ricorrere alle presunzioni della legge. Questa le stabilisce su ciò che più ordinariamente accade, o più verisimilmente dee accadere; e siccome si fatte presunzioni si possono sottomettere a regole fisse, il codice civile le stabilisce nei seguenti articoli. *Osservazione all' art. 720 del cod. civ.*

» §. 5. Se coloro che perirono insieme
» avevano meno di anni quindici, si presu-
» me che sia sopravvissuto il più avanzato
» in età.

» Se erano tutti maggiori di sessant' anni,
» si presume che sia sopravvissuto il men vec-
» chio fra essi.

» Se gli uni avevano meno di quindici anni,
» e gli altri più di sessanta, si presume che
» sieno sopravvissuti i primi. *Art. 642. Leg. civ.*

Trifonio presenta due casi; il primo è, se sostituito alcuno ad uno di due eredi, e questi muojono in un medesimo tempo, la sostituzione si ha per avvenuta ad amendue. L'altro è, se in un momento muojono il padre, ed il figlio, il padre si presume esser morto il primo.

» Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus (*id. ultimus*) moreretur, Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt; quaesitum est, an substituto, et cujus hereditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hereditate (*id. posterioris*) etiam ante defuncti filii habebit (*subsitutus, ut etiam primus dicatur heres, quia heres heredis*) hereditatem. In proposita autem quaestione ubi simul perierunt, utrum quia neuter frater superstes fuerit, quasi utrique decessisse videantur; (*et sic substitutio locum habeat*) an vero neutri (*scilicet videantur ultimi decessisse*) quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumatur, quaeritur? Sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit (*scilicet substitutus*) Nam et qui unicum filium habet, si supremo (*id est ultimo: adverbialiter enim ponitur*) morienti substituit non videtur inutiliter substituisse; et proximus agnatus intelligitur etiam qui solus est, quique neminem antecedit: et hic utrique quia neutri eorum alter superstes fuit (*id est, supervixisse. Uterque ergo directo est heres ex testamento, quasi in duabus hereditatibus*) ultimi primique obierunt.

» Cum in bello pater cum filio periisset, materque filii, materque filii quasi postea mortui bona vendicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante periiset; divus Adrianus credidit patrem prius mortuum. *L. 10. D. de rebus dubiis.*

Casus. Institui mihi heredes duos meos filios impuberes, et substitui Titium ei de meis filiis, scilicet qui supremus moreretur, et decessi; postea dicti duo mei filii impuberes perierunt simul in quadam nave; nunc quaeritur an dicto Titio substituto deferatur hereditas, et cujus eorum impuberum deferatur ei hereditas. Et certe jurisconsultus altius circa hoc exorditur dicens: si unus decessisset prius, et alter postea et ita secundum ordinem decessisset; priori mortuo erit heres ab intestato frater ejus; postremo autem mortuo erit heres dictus substitutus. In ea tamen hereditate posterioris impuberis mortui habebit dictus substitutus hereditatem alterius filii impuberis ante defuncti. In proposità autem quaestione ubi simul perierunt impuberes, utrique est heres dictus substitutus; et est ratio, quia cum neuter superstes fuerit quasi utrique ultimi decessisse videatur. Quidam tamen dicebant in hoc casu quod neutri videntur decessisse ultimi; quia comparatio posterioris decedentis solet sumi ex factò prioris mortui; et ideo dicebant praedictum substitutum neutri debere succedere in hoc casu. Sed superior sententia magis placet, scilicet ut substitutus sit utrique heres; nam et ideo aliter;

quod qui unum filium habet, non videtur inutiliter substituisse, qui substituit Titium filio suo supremo morienti. Item video quod proximus agnatus intelligitur etiam is qui solus est, quique neminem antecedit. In nostro ergo casu utrique impuberes simul mortui ultimi primique obierunt; quia neuter eorum alteri superstes fuit, et sic substitutus succedit ambobus ut dictum est.

» Item alius casus de simul morientibus est talis. Titius et Sejus suus filius perierunt in uno bello. Mater Seii dicit nunc Titium prius mortuum esse; et sic vult vendicare bona filii quasi heredis patris: agnati autem patris quasi filius ante periisset volunt vendicare bona patris; certe mater praefertur. Credimus enim patrem prius mortuum esse. *Vivianus.*

Cujacio nel comento di questa legge propone altri esempj.

» Quaeritur de pariter mortuis, sive de incerto ordine morientium. Species: Pater duos filios impuberes instituit, te substituit supremo morienti, quod vulgo olim fieri solebat. Ideo dicitur vulgaris substitutio *L. in vulgar. inf. de verb. signif.* Est autem pupillaris. Hanc pater facit, dum vult fratres ab intestato succedere, et post omnium mortem demum substitutum vocari. Itaque hoc casu priore fratre mortuo, alter erit heres ab intestato, posteriori substitutus, et is inveniet in hereditate posterioris hereditatem prioris *L. qui duos de valg.* At quid si fratres simul moriantur, an locus sit substituto ambigitur: propterea quia dixit supremus. Non est supremus, nisi aliquis fuerit primus, cum ambo simul pereunt neuter est primus, neuter supremus. Ergo substitutus supremo, neutri substitutus videtur. At interdum supremus non confertur cum alio, ut in edicto *de bon. poss. secund. tab.* Supremae tabulae dicuntur etiam solae. Et e contrario in 12. tab. proximus dicitur etiam unicus *L. in vulgari. L. illa verba. de verb. sig.* Et haec interpetratio rei propositae aptior est, ut videlicet substitutio potius valeat, quam pereat. Ideoque dicemus utrumque fratrem videri supremum decessisse, et utriusque hereditatem ad substitutum pertinere. Idem ostenditur in *L. ex duobus in prin. de vulg. et pupil. subst. L. pen. de bon. pos. secund. tab.* Obstat *L. eum qui ad Treb.* Species: ex duobus fratribus rogavit eum qui supremus moreretur, ut partem suam restitueret Titio, est substitutio precaria. Ergo substituit Titium supremo morienti precario: fratres simul pereunt, an vocatur Titius? Minime: Neutrius pars Titio debetur. Itaque inutilis est substitutio. Dicendum hoc ita fieri; quia Titius fuit substitutus in partem supremi: ea pars incerta est, quia incertum est, quis supremus decesserit, et consequenter in hoc incerto vitiatur fideicommissum. At in specie nostro non substituit tantum in parte supremi, sed substituit supremo morienti ea mente, ut utriusque fratris hereditas ad eum perveniet. Ideo utroque simul mortuo facile ad utriusque hereditatem admittitur. *Cujacii Comment. in tit. 5. D. de rebus dub. Lib. 34 ad L. 10.*

» La regola stabilita dal principio di quest'articolo è nuovo » dicono gli autori delle pandette francesi » nè si trova in alcuna parte. Ma è conforme all'ordine della natura, secondo la quale, sinchè l'uomo abbia interamente acquistato il crescimento, le sue forze si vanno accrescendo coll'età. In questo caso dunque si dà luogo a credere che il più vecchio abbia sopravvissuto al più giovane, il quale, anche per ragione dell'età era realmente più debole di lui, per conseguenza meno in istato di resistere.

» Il §. primo è nel caso contrario, ma la sua decisione è altresì conforme alla natura. Quando il crescimento dell'uomo è completo; le sue forze incominciano a scemare a misura che questi avanza in età. E dunque ragionevole di supporre che di due persone che sono giunte all'età di settant'anni, e che periscono insieme sia il più giovane, come il più forte quello che per più lungo tempo ha sostenuto i suoi sforzi contro la morte, e che all'altro è sopravvissuto.

» La decisione dell'ultimo §. del nostro articolo è contrario alle leggi romane, secondo le quali il figlio impubere era riputato morto avanti il suo padre o la sua madre *L. 24 de reb. dub.* dal che ne risultava la presunzione che l'adulto si presumeva avere sopravvissuto.

» Si potrà domandare come dovrà decidersi, se gli uni avessero meno di quin-

dici anni e gli altri al di sotto di settant'anni fossero nella forza dell'età, come di trenta, a quarantacinque?

» Pare che un tal caso non sia stato deciso da questo §. che mette in parallelo un fanciullo al di sotto di quindici anni con un uomo al di sopra di settanta.

» Esso neppure ci sembra che venga deciso dall'articolo seguente, che oppone un sesso all'altro da quindici sino a sessant'anni, e che non ammette la presunzione che risulta dall'ordine di succedere, se non allorchè vi è parità di sesso.

V'è dunque una lacuna nella legge? Ci si risponde di no. Secondo il §. 1.° di questo articolo si dice, colui che è il meno attempato nella nostra ipotesi si presumerà che abbia sopravvissuto secondo la massima *qui dicit de uno negat de altero*.

» Ma basterà leggere questo § e tutto l'articolo col seguente per convincersi, che una tale decisione non solo non vi si trova in una maniera affermativa, ma neppure *forma negandi*.

» Tuttavia ci sembra che il vigore dell'uomo ch'è nel suo stato di perfezione debba dargli il vantaggio sopra un fanciullo la cui forza non è paragonabile alla sua.

» In conseguenza crediamo che in questa supposizione faccia d'uopo seguire la decisione delle leggi romane, e supporre che il fanciullo impubere sia morto prima dell'adulto ch'era in tutta la sua forza. La presunzione di essere sopravvissuto, non si ammetteva da queste in favore del fanciullo se non quando era giunto all'età della pubertà. *Cum pubere filio mater naufragio perit, cum explorari non possit uter prior extimatus sit, humanius est credere filium diutius vixisse* L. 23. D. *de reb. dub.* Ma il fanciullo morto al di sotto di questa età si presumeva che fosse morto il primo. *Verisimile videbatur infantem ante matrem periisse L.* 26 *de part. dotal.*

» Questa regola di distinzione tra la infanzia e la pubertà è stata sempre seguita in pratica. Lebrun ne riporta molti decreti nell'uno e nell'altro caso.

» Questi principj sono altresì conformi a quelli che segue il codice civile nelle disposizioni che esaminiamo. Esso prende per regola principale la condotta ordinaria della natura.

» Si opporrebbe invano il decreto di Bobè, perchè v'era una circostanza particolare, e perchè fu riconosciuto che le circostanze del fatto doveano sempre prevalere.

» Nel fatto di questo decreto la Bobè figlia del famoso Carlo Dumoulin, era stata assassinata in una stessa notte con due suoi figli, uno in età di ott'anni, e l'altro di 22 mesi. Non fu esaminato chi della madre o de' figli perir dovea prima secondo l'ordine della natura, ma qual era la persona di cui gli assassini avran interesse di disfarsi prima. Si giudicò ragionevolmente che fosse la madre. Si presunse che fosse accaduto ciò che in fatto dovea verisimilmente accadere. Perciò questo decreto non fa alcun argomento.

» Peraltro conviene osservare che l'articolo sul quale scriviamo, non mette alcuna differenza fra' sessi. Le regole che stabilisce, s'applicano a' maschi, come alle femmine. Alcuni autori nondimeno facevano qualche distinzione tra un fanciullo ed una fanciulla pubere. Eglino pretendevano che quest'ultima dovess' essere presunta morta avanti suo padre, e invocavano la legge 12 del digesto *de rebus dubiis. Osservazione al articolo* 721 *del cod. civ.*

» §. 6. Se coloro che perirono insieme
» avevano compito l'età di anni quindici,
» e non oltrepassavano quella de' sessanta,
» quando vi sia eguaglianza di età, o quan-
» do la differenza non ecceda di un anno,
» si presumerà sempre che sia sopravvissuto
» il maschio.

» Se essi erano dello stesso sesso, la pre-
» sunzione di sopravvivenza, che dà luogo
» all'apertura della successione, dee ammet-
» tersi secondo l'ordine naturale; e quindi
» il più giovane si presume sopravvissuto al
» più vecchio. *Art.* 643. *Leg. civ.*

Il caso contemplato in questo articolo, osserva Maleville, suppone che l'individuo il quale appartiene al sesso più forte sia sovravvissuto a quello il quale appartiene al sesso più debole. Ma tale presunzione non si fa che dopo l'epoca de' quindici anni. Non vi è gran divario fra un sesso e l'altro prima di questa età.

» I tre articoli precedenti non favellano di successione *ab intestato.* Può quindi disputarsi se si debbono fare le stesse presunzioni allorchè avendo sotto gli occhi la disposizione di un testatore il quale ha istituito un erede, o quella di un donatore il quale ha nominato un donatario, si tratti di decidere quale dei due in un caso o nell'altro sia perito il primo in una sciagura che li abbia entrambi avvolti senza lasciar vestigio alcuno di aver prima colpito questo piuttosto che quello.

» La legge 9. *Si inter: D. de rebus dubiis* stabilisce, che se il marito o la moglie sono morti nello stesso tempo senza che si sappia quale sia stato il primo a mancar di vita, la donazione che uno di essi ha fatto all'altro rimane valida *eo maxime quod donator non supervivat qui rem condicere possit.* Ciò non ostante nel nostro sistema si dee tenere che la donna sia stata la prima a perire come individuo più debole.

» Il favore che i romani impartivano alle disposizioni, dee aver molto influito nella decisione di questa legge. Ma il nostro codice, che non ha tanto seguito su questo proposito la legislazione romana quanto le consuetudini, le quali al contrario favorivano soprattutto gli eredi legittimi, non doveva ammettere tale decisione. Si viene per conseguenza a dedurre, che anche nelle successioni testamentarie non possa dipartirsi da quelle presunzioni stabilite dalla legge per le successioni legittime. *Maleville - Osservazione all' articolo 722 del cod. civ.*

Su la presunzione di sopravvivenza che per la successione nei termini del secondo §. dell'articolo in esame *dee ammettersi secondo l'ordine naturale* riteniamo inoltre gli esempj somministrati da Pothier.

» Allorchè due persone » ei dice » abili a succedere l'una all'altra, muojono in pari tempo in un combattimento, in un naufragio, in un incendio, oppure sotto una rovina; si ricorre alle circostanze per determinare quale delle due successioni si debba riputare essersi aperta per la prima. Quegli che era nella vanguardia o nel quartiere più vicino al luogo ove si è appigliato il fuoco, si presume essere morto il primo.

» Nel caso della sentenza di Bobè madre con due fanciulli, uno di ventidue mesi l'altro di otto anni essendo stati trucidati tutti insieme dai ladri, si presumette che questi fanciulli avessero sopravvissuto alla loro madre; perciocchè voleva l'interesse dei ladri che si disbrigassero della madre prima che de' figli i quali non erano in età di opporre la loro resistenza. *Caeteris paribus* il figlio impubere si tiene morto pria di suo padre; ma si stima morto il padre prima del figlio già pubere: tra due persone del medesimo sesso si presume sopravvissuta la più giovane; ma se sono di sesso differente, si presume esser morta prima la femmina come più debole. *Pothier. Sulle successioni cap.* 6. *sez.* 5. *art.* 1. *n.* 39.

» Dicono a di più gli autori delle pandette francesi che secondo la prima disposizione di quest'articolo, quando tra due o più persone che sono insieme perite nello stesso accidente, v'è eguaglianza di età e disparità di sesso, la presunzione di sopravvivenza è in favore de' maschi come più forti.

» Seconda la legge v' è eguaglianza di età quando la differenza non è che di un anno. Ne segue che quando la differenza è più considerevole si deve tornare alla regola generale, e presumere che il più giovine sia maschio o femmina, abbia sopravvissuto.

» La seconda disposizione consacra il sentimento di Bartolo, il quale insegnava, che quando il padre sia morto insieme col figlio, si deve supporre, che quello sia morto il primo, tanto perchè è il più vecchio, quanto perchè questa presunzione è conforme al voto della natura; *propter votum trasmittendae hereditatis.*

» Queste differenti regole sono chiare e facili ad applicarsi, quando i fatti sono semplici.

» Se due individui, amendue al di sotto di quindici anni sono periti insieme, si presumerà che il più vecchio abbia sopravvissuto: se l'uno e l'altro avevano più di sessant' anni, avrà sopravvissuto il più giovine. Se uno aveva meno di quindici anni, e l'altro più di sessanta, la presunzione della sopravvivenza sarà in favore del primo.

» Se gl'individui periti avevano gli uni più di quindici anni, e gli altri meno di sessanta, allora bisogna fare attenzione alla diffe-

renza de' sessi e dell' età. Se i sessi erano differenti e l'età eguale, il maschio avrà la presunzione di essere sopravvissuto. Se nel medesimo caso la distanza dell' età fosse maggiore di un anno, si presumerebbe, senza aver riguardo al sesso, che il più giovine avesse sopravvissuto. Se finalmente gl' individui sono del medesimo sesso, bisogna adottare la presunzione che conserva l'ordine naturale delle successioni.

» Tutte queste ipotesi separate non presentano alcuna difficoltà. Ma possono incontrarsi tutte nel medesimo fatto. Può darsi che lo stesso accidente involga più rami della stessa famiglia. Si possono nel tempo stesso incontrare più individui di differenti sessi che abbiano meno o più di quindici anni, altri che siano al di sopra di sessanta, ed altri che si trovino fra queste due estremità.

» Questo è ciò ch'è accaduto riguardo all' infelice famiglia David, che ha dato motivo ad una strepitosa lite giudicata nel parlamento di Parigi.

» Un progetto di passeggio riunì più famiglie, tutte di parenti ed affini. V'erano i padri e le madri degli uni, gli zii e zie degli altri, i figli tutti cugini fra loro. Tutti perirono attraversando la riviera incontro agl'invalidi. Niuno scappò: neppur uno potè salvarsi. Da ciò nacque la quistione per sapere come si sono trasmesse le differenti successioni, ed a chi definitivamente dovessero queste appartenere.

» In un tal caso bisogna primieramente esaminare le circostanze conosciute, o verificate, e se ne risulta in una maniera certa che alcune persone abbiano sopravvissute alle altre, queste saranno quelle che avranno raccolto e trasmesso.

» Riguardo agli altri bisogna dividere il fatto in tanti rami, quanti sono i casi preveduti da surriferiti articoli, per applicarvi le regole che questi prescrivono, e il risultato darà luogo allo scioglimento del problema.

» Fa d'uopo dunque da principio considerare le persone di sessant' anni, e presumere che la più giovane abbia sopravvissuta a tutte le altre.

» Indi passando a quelle al di sotto di quindici anni, ed al di sotto di sessanta, riunendo quelle di età eguale, o nella differenza, si supporrà che i maschi abbian sopravvissuti alle femmine; fra questi il più giovane avrà sopravvissuto agli altri, ed avrà altresì sopravvissuto all' ultimo di quelli che avevano passati i sessant' anni.

» Se vi fossero fanciulli al di sotto di quindici anni, fra questi colui che avrà maggior età, sarà restato l' ultimo ad esser vivo.

» Rimarrà dunque a decidere fra costui e l' adulto. Secondo il nostro parere, l' adulto avrà sopravvissuto all'impubere. E sarà questi che avrà raccolto da tutti gli altri, ed avrà trasmesso.

» Terminando osserveremo a questo riguardo, che la nostra opinione ci sembra confermata dalla prima disposizione dell' articolo 721; imperciocchè se di due fanciulli al di sotto di quindici anni, il maggiore è presunto che abbia sopravvissuto, perchè si suppone che abbia più forza, con più forte ragione l' adulto ch' è nel pieno vigore, si deve presumere che abbia sopravvissuto a quest' ultimo, il quale riguardo a lui non è che un essere debole e fiacco. *Osservazione all' articolo 722, del codice civ.*

Delvincourt nell' analisi del medesimo articolo discute diversi casi. Principalmente ei dice » Cosa sarà a decidersi se vi è eguaglianza di età e di sesso, come due gemelli del sesso stesso? I giudici decideranno dietro i ragguagli che potranno procurarsi intorno alle forze rispettive di ciascuno di essi.

» Tutte queste presunzioni avranno esse luogo in fatto di successione testamentaria, se per esempio il testatore ed il legatario sono morti insieme? Nel nostro dritto io sarei per la negativa, ed eccone le ragioni.

» In sulle prime le disposizioni di cui si tratta stanno sotto la rubrica delle successioni *ab intestato*, e non sono in verun modo richiamate sotto il titolo de' testamenti.

» 2.° Sembra risultare dalla redazione dell' articolo 720 (641) che non si ebbe idea di applicarne la disposizione alle successioni testamentarie; giacchè vi si dice esser fatto pel caso in cui le persone le quali son perite insieme, sono rispettivamente chiamate alla successione l' una dell' altra. Ora il legatario è chiamato a raccogliere una parte della suc-

cessione de' beni del testatore, ma questi non è chiamato a raccogliere i beni del legatario.

3.° È principio generale che appartiene all'attore di provare il fatto che serve di base alla sua azione: *Onus probandi incumbit actori*. Tocca dunque a colui che trae il suo dritto da una pretesa morte antecedente il provare che questa ebbe luogo (*L.* 9. §. 3. e *L.* 16. *D. de rebus dubiis*) ed è ciò che sembra risultare tanto dalla opinione emessa da Pothier nei suoi trattati della comunione n.° 444, della sopravvivenza n.° 154, quanto sopra tutto dalla disposizione stabilita dall'articolo 135 (144) la di cui decisione su questo punto mi sembra formale. In effetti vi si legge » che chiunque reclamerà un dritto competente a persona di cui s' ignori l' esistenza dovrà provare che la medesima persona esisteva quando si è fatto luogo a tale dritto. Ora qui l' esistenza del legatario non può essere riconosciuta, poichè egli è morto. Dee dunque colui che reclama in suo nome il legato fattogli, provocare di aver sopravvivuto al testatore. In materia di successione legittima lo stesso principio non può essere applicato, giacchè sino a tanto che la presunzione di sopravvivenza non è determinato, nessuno è investito della successione. Non si può dunque determinare chi è l' attore, nè a chi debba imporsi l' obbligo di provare. Bisogna dunque che la legge intervenga per decidere a chi la successione debba essere aggiudicata. Ma quando vi è solamente dubbio sulla quistione se il testatore o il legatario è premorto, gli eredi legittimi ivi sono ed hanno per essi la vocazione della legge che l' investe della successione. Checchè avvenga, i beni non rimarranno vacanti. Non v'è dunque necessità di ammettere le presunzioni di sopravvivenza, ed il principio *actori incumbit onus probandi*, riprende tutta la sua forza e va in tutta la sua estensione applicata.

» Non debbo intanto dissimulare che Ricard, alla fine del suo trattato delle disposizioni condizionali n.° 576 e seguenti, sostiene l' opinione contraria, ma egli non dà altro motivo alla sua decisione che le leggi romane, e specificatamente la legge 9. §. 4. *D. de rebus dubiis*. A tal riguardo io mi contenterò di fare osservare:

» 1.° Che non vi era la stessa ragione di decidere presso i Romani i quali non ammettevano la massima *il morto impossessa il vivo*. Tra essi l' erede legittimo che non era *suus heres*, non si trovava investito della successione che dal momento in cui l' aveva accettata. Egli non poteva accettarla che quando gli era deferita, e valeva il principio che la successione non si deferiva *ab intestato* che dal momento in cui era certo non esservi alcun erede testamentario. Bisogna dunque cominciare dal decidere se vi fosse o no un erede testamentario.

» 2.° Le disposizioni testamentarie non sono di gran lunga così favorevoli presso di noi come presso i Romani. Nel dubbio le nostre leggi preferiscono sempre l' erede del sangue. Fra i Romani al contrario era una specie di vergogna non aver eredi della propria scelta. Nel dubbio la legge prendeva quindi sempre il partito che tendeva a mantenere l' istituzione, e che prova esser questo il principal motivo della decisione contenuta nella cit. *L.* 9. ec. e la parola *solum* che vi si trova. In fatti si suppone in quel §. che un padre è morto col suo figlio pubere da lui già instituito suo solo erede, e si decide che non si sarebbe deciso del pari se vi fossero stati altri eredi instituiti che avessero sostenuto il testamento, ed impedito che il padre morisse intestato.

» 3.° In generale presso i Romani era il favore della causa che in quasi tutti i casi determinava la presunzione di sopravvivenza Nella L. 9. §. 1. *eod.* si suppone il padre morto prima del figlio in favore della madre la quale, nell' ipotesi contraria sarebbe stata esclusa dagli agnati. Nel §. 2 il padre liberto è all' opposto presunto aver sopravvivuto, *reverentia patronatus*, affinchè la sua successione fosse devoluta al padron. Quando una causa non era più favorevole dell' altra, si ritornava al principio, che a colui il quale voleva trar profitto di una pretesa morte antecedente apparteneva il provarla. Così nella L. 8 ove si tratta di una donazione tra marito e moglie la quale, come si sa, non era confermata che colla morte precedente del donante, il marito e la moglie essendo morti insieme si decide che il donatario non può

essere evitto, a meno che non si provi che sopravvisse il donante.

» Nella L. 18 due fratelli ch'erano stati l'uno all' altro sostituiti muojono insieme. Il giureconsulto decide che le due successioni sono deferite *ab intestato* purchè non si pruovi che uno di essi ha sopravvivuto: pertanto si tratta quì di disposizioni testamentarie, ma non v'è la stessa ragione che nella L. 9. §. 4 poichè l'autore nella sostituzione ha avuto in tutti i casi un erede di sua scelta.

» Nella L. 16 una madre dotando la figlia ha stipulato che la dote le sarebbe restituita dal genero, se la figlia morisse prima di lei. La madre e la figlia muojono insieme. Il giuseconsulto decide che gli eredi della madre non possono esigere la restituzione della dote, poichè non possono provare che la madre sopravvisse. Nella L. 34 *ad senatus con. Trebell.* un padre dopo di aver instituiti eredi i suoi due figli, ordina che la porzione ereditaria di quegli il quale morrà l'ultimo sia restituita ad uno de' suoi parenti ch' egli dinota. I due figli muojono insieme. Il giureconsulto decide che il fedecommesso non può aver luogo se non è a carico del fedecommessario di pruovare quale è morto l'ultimo, e mancando egli di far questa pruova le due successioni saranno devolute alla madre.

» Finalmente nella L. 17 ove si tratta di un legato si decide che se il legatario è morto col testatore, gli eredi non son tenuti alla prestazione del legato, a meno che la precedente morte del testatore non sia provata. Questo esempio è prezioso, poichè lo credo il solo in cui sia specialmente quistione del legatario morente nel tempo stesso del testatore. Potrei citare molte altre disposizioni le quali provano tutte, che anche presso i romani il principio *actori incumbit* ec. avea luogo, sia nelle convenzioni sia nelle disposizioni a causa di morte, tutte le volte che la presunzione di sopravvivenza non era determinata dal favore annesso all' una delle parti.

» L' autore ha emessa intorno a tal quistione un parere assai singolare. Egli pretende che non solo gli articoli 721 (642) e 722 (643) debbono essere applicati alle disposizioni testamentarie, ma ancora che all' erede del testatore incombe il provare l'antecedente morte del legatario, come se l'erede non fosse possessore; e come se il possessore avesse mai nulla da provare. Il legato si presume sempre fatto sotto la condizione che il legatario sopravviverà al testatore: quando il legatario si presenta egli stesso per domandare la cosa legata, è ben certo che la condizione sia adempita, ma quando è il suo erede, egli deve come attore provare che questo adempimento ebbe luogo; in caso contrario la domanda dell'erede del testatore debb'essere rigettata dietro la regola, *actore non probante reus absolvitur* ed a norma dell'articolo 135 (141) cui quell' autore sembra non aver posto mente. Che si sostenga che l'erede del legatario per provare la precedente morte del testatore possa far valere le presunzioni risultanti dagli articoli 721 e 722; è questa una opinione la quale, come si è veduto, non è la nostra, ma che può nondimeno esser difesa. Ma giungere sino a dire che all'erede del testatore appartenga il provare la morte del legatario, questo è contro tutte le regole del dritto. Quanto alla decisione citata dall' autore e che trovavasi nel trattato delle successioni di *Lebrun* lib. 1. cap. 1. sez. 1. n.° 19. come mai non si è egli accorto che lungi dal confermare la sua opinione essa anzi la distrugge? Cosa mai in fatti essa ha giudicato? Che il marito donante e la moglie donataria essendo morti nello stesso naufragio, la donazione doveva conseguire il suo effetto e non riputarsi rivocata per la precedente morte della moglie. Io dico che questo arresto distrugge l'opinione da me ora combattuta: in effetti esso conferma la regola *actoris est probare*; giacchè con la donazione la moglie era impossessata. Gli eredi del marito revindicavano gli oggetti, atteso che si diceva, la moglie come più debole dovea presumersi perita la prima; ma siccome erano attori, si giudicò che apparteneva loro il provare l'antecedente morte della moglie, e non potendo essi far questa pruova la loro domanda fu rigettata. È assolutamente il caso della legge 8 *de rebus dubiis* sopra citata. Dunque siffatto arresto ha giudicato che in materia di donazioni per causa di morte, le quali hanno la più grande analogia con le disposizioni testamentarie, le presunzioni di

sopravvivenza non dovevano aver luogo, e che spettava all'attore il provare la morte precedente.

» Non vi sarebbe nel dritto attuale che un caso il quale potrebbe dar luogo a seria difficoltà; quello cioè del legatario universale istituito da una persona la quale non avesse eredi godenti la riserva. Questo legatario a' termini dell' articolo 1006 (932) è impossessato della eredità in pregiudizio degli eredi legittimi. Non si può quindi applicargli lo stesso ragionamento che ai legatarj particolari, mentre sino a che non è deciso a chi appartenga l'impossessarsi, non si può dire *quis sit actor*, *quis sit reus*.

» Io penso nulladimeno che pure in questo caso gli eredi del legatario non possono reclamare la successione, se non provando la precedente morte del testatore; e mi appoggio a queste ragioni.

» 1.° Come l'ho già fatto osservare, le nostre leggi ed i nostri costumi favoriscono sempre gli eredi del sangue; e per conseguenza nel dubbio la presunzione debb' essere a loro favore.

» 2.° Se la presunzione di sopravvivenza non ha luogo a favore de' legatarj sia particolari, sia a titolo universale, non v'è ragione di concedere maggior vantaggio al legatario universale, quantunque impossessato. Sarebbe in effetti singolare, che se un uomo senza eredi godenti riserva ha instituiti due legatarj a titolo universale ciascuno per la metà, i suoi eredi *ab intestato* possono ritenere la di lui successione fino a che la sopravvivenza de' legatarj fosse provata; laddove s'egli non avesse instituito che un solo legatario per la totalità, la stessa pruova non potrebbe essere esatta.

» 3.° Il possesso legale del legatario universale di dritto non appartiene che a lui. I suoi eredi non possono reclamarlo che provando aver egli sopravvivuto al testatore articolo 135 (141); il che suppone esservi un' altra persona la quale prende di dritto l'eredità, se la pruova non è fatta; e questa persona non può esser altra che l'erede legittimo. Dunque in questo caso l'erede del legatario diviene attore, ed è tenuto perciò a provare il fatto che serve di fondamento alla sua domanda, vale a dire la precedente morte del testatore.

» 4.° Finalmente non si tratta quì dell'interesse del legatario medesimo, poichè noi lo supponiamo estinto nel tempo stesso che il testatore; si tratta unicamente dell' interesse de' suoi eredi, forse anche de' suoi legatarj, donatarj, o ancora de' suoi creditori, vale a dire di persone del tutto ignote al testatore che non può esser egli riputato aver comprese nella sua liberalità; talchè se fosse provato ch' egli sopravvisse un quarto d'ora al suo legatario, esse andrebbero escluse. Ora mi sembra che a condizioni eguali, gli eredi del testatore debbono essere preferiti a quelli del legatario.

» Tali sono i motivi, che mi determinano a pensare che le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli articoli 720. 721. 722. non debbono mai aver luogo nelle disposizioni a causa di morte, la di cui esecuzione non può essere riclamata che a condizion di provare la precedente morte di colui che dispone. *Delvincourt. Corso di codice civile vol. 4. nota 14. al tit.* 3.

» §. 7. La legge regola l'ordine di suc-
» cessione fra gli eredi legittimi. In man-
» canza di questi passano i beni a' figli na-
» turali; quindi al conjuge superstite; ed in
» loro mancanza allo stato *Art.* 644. *Leg.*
» *civ.*

Principalmente gl' imperatori Teodosio, e Valentiniano rescrissero, che in mancanza di congiunti il marito, e la moglie si succedono a vicenda.

» Maritus et uxor (*scilicet si matrimonium est tempore mortis*) ab intestato invicem sibi insolidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum, liberorumve, seu propinquorum legitima vel naturalis successio. *L. unica Cod. unde vir et uxor.*

Casus. Si decedit uxor tua, nec agnato, nec cognato relicto, ei succedis per bonorum possessionem unde vir et uxor, fisco excluso, et e converso - *Vivianus.*

Gl' imperatori Onorio, e Teodosio vennero poi a disporre di trasferirsi al fisco la successione quando alcuno morto senza testamento non lascia un erede in qualunque linea di parentela, e di cognazione.

» Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris (*legitimus successor juris est adoptivus*) titulo legitimum reliquerit intestatus heredem. *L.* 5. *Cod. lib.* X. *de bonis vacantibus.*

» La legge, osservano gli autori delle pandette francesi, co' termini *eredi legittimi*, come i giureconsulti romani col termine *legittimi*, intende gli eredi naturali che sono chiamati dal dritto civile; e regola altresì l'ordine della loro chiamata.

» Essa chiama primieramente i discendenti del defunto. Questi, secondo il codice civile, sono come nel dritto romano, eredi suoi e nescessarj *sui et necessarii*. Un padre non può istituire un erede straniero in loro pregiudizio: se lo fa, la istituzione non ha luogo. Ma il testamento non è nullo come nelle leggi romane. I figli non possono domandare che la loro legittima, cioè la porzione che loro applica la legge, e di cui non permette che si disponga.

» Intanto la esistenza de' figli annulla la disposizione come istituzione di erede. L'istituito non ha questa qualità che rimane deferita ai figli. La istituzione non è più che un legato universale. L'istituito è obbligato di domandarne la consegna ai figli che sono entrati al possesso della successione.

» In mancanza di figli gli ascendenti sono ancora eredi suoi, e necessarj. Non possono interamente privarsi della sua successione col testamento. La legge loro assegna una porzione di cui il testatore non può disporre, e loro attribuisce altresì il titolo successivo che l'erede istituito non può avere. In conseguenza eglino hanno il possesso, e la istituzione che non vale più che come legato universale, non conferisce all'istituito che la qualità ed i dritti di legatario.

» Fuori di questi due casi, cioè quando non vi sono discendenti nè ascendenti, la legge non deferisce la successione, se non allorchè il defunto non si è spiegato. Egli può darsi uno, o più eredi di sua scelta tanto fra suoi parenti che fra gli estranei. Può prescrivere un altr'ordine; e la legge rattifica le sue disposizioni e le fa eseguire.

» Facea d'uopo che la legge espressamente chiamasse i figli naturali. Senza questo essi sarebbero stati sempre allontanati, perchè la successione attiva è non solamente un dritto civile, ma altresì, un dritto di famiglia. Ora la famiglia non si forma che da una unione riconosciuta dalla legge, e contratta secondo le forme ch' essa prescrive. Dal che ne risulta che i bastardi non hanno famiglia.

» La trasmissione de' beni del loro padre, o della loro madre che nei casi preveduti si opera in loro favore, neppure è successione. Essi, dice la legge, non sono eredi. Dunque non possono domandare che una sorta di possesso de' beni, che viene loro accordato quando non vi sono eredi legittimi.

» Quanto alla chiamata del superstite da due conjugi, l'uno de' quali è premorto senza lasciare alcun erede, neppure è successione. Essa, come abbiamo osservato, è stata introdotta contro il fisco, e perchè è sembrato più naturale ed umano, quando un conjuge muore senza lasciar successore, di dare i suoi beni al superstite, di quello che abbandonarli al pubblico tesoro. Ma il superstite non li raccoglie con un vero dritto successivo. Non è che un possesso de' beni che è obbligato di domandare.

» Finalmente nel caso di mancanza di eredi, cioè quando non si trova alcun erede nè successore, lo stato che riceve i beni che si trovano giacenti, neppure è un erede; giacchè non rappresenta la persona del defunto. Paga i debiti, non in qualità di erede: paga in virtù del principio che veramente non vi sono beni, se non dopo la soddisfazione de' debiti: ma siccome non ha la qualità di erede, e non ne contrae gli obblighi, non è tenuto pe' debiti che sino alla concorrenza del valore de' beni. *Osservazione all' art.* 723. *del cod. civ.*

» §. 8. Gli eredi legittimi acquistano *ipso*
» *jure* il possesso de' beni, de' dritti, e delle
» azioni del defunto, e coll' obbligo di sod-
» disfare a tutti i pesi ereditarj. I figli na-
» turali, il conjuge superstite, e lo stato deb-
» bono farsi immettere in possesso giudizial-
» mente ne' modi che verranno determinati.
» *Art.* 645. *Leg. civ.*

Varie giudiziarie discussioni han dato motivo su la ipotesi espressa dalla legge. Credia-

mo util cosa scegliere le più analoghe a dileguare quei dubbj, che potrebbero in qualche modo alterare la intelligenza di questo articolo. Principalmente nel tribunale di Parigi si esaminò se l'erede legittimo, a cui la legge non assicura alcuna riserva possa far procedere a sua istanza all'apposizione de' sigilli, ed all'inventario in concorso col legatario universale o coll'erede istituito. Con sentenza de' 18 termidoro anno 11 si accolse l'affermativa.

» *Fatto*. A 5. messidoro, anno 11 Leroi di San Carlo fa un testamento in cui instituisce i citt. Laideguire, Gravier, e Bourgoin suoi legatarj universali. Ei nomina inoltre il citt. Bourgoin suo esecutore testamentario.

» Leroi muore, non lasciando che un fratello. I legatarj fanno apporre i sigilli, e si dispongono a far l'inventario.

» Il fratello del testatore vi si oppone, e domanda che lo stesso sia anche fatto a sua istanza. Egli si appoggia all'art. 724 del codice (645). Sostiene che la disposizione è generale ed assoluta; che l'art. 1006 (932) non distrugge questo possesso legale in favore dell'erede legittimo, ma che fa concorrere, soltanto con esso lui il legatario universale.

» Egli osservava, altronde, che avendo un'azione per impugnare il testamento e farlo annullare, questa azione gli accordava almeno il diritto di essere presente all'inventario, per conoscere le forze di una eredità che i legatarj potevano essere obbligati a restituirgli.

» Questa restituzione, diceva egli, è altrettanto più certa, in quanto che la nullità del testamento è evidente. Ella risulta da ciò che lo stesso non contiene alcuna menzione che sia stato scritto da uno dei notari che l'anno ricevuto, quantunque lo esiga l'art. 972 del codice (897): ciò che a termini dell'art. 1001 ne importa la nullità.

» I legatarj universali rispondevano, che era assurdo di pretendere che un testamento scritto tutto intiero dalla mano del notajo fosse nullo; perciocchè non vi si faceva menzione espressa di essersi scritto di sua mano; come se il fatto medesimo non provasse meglio della dichiarazione. Come, d'altronde, sostenere che questo testamento, valido sotto l'ordinanza del 1735, le di cui disposizioni erano così rigorose, non lo fosse sotto il codice il quale, per la validità delle disposizioni non esige che la manifestazione della intenzione del disponente?

» Qui altronde non si tratta della validità del testamento. Si esaminerà un giorno, se vi è luogo a questa questione estranea alla contestazione attuale. Quanto al presente, esiste il testamento, e ciò basta. La chimerica possibilità della sua annullazione non può attribuire all'erede alcun diritto. Per essere autorizzato ad agire è mestieri avere un interesse presente, e non già una vaga speranza, come quella che dicesi avere. I legatarj universali sono i soli proprietarj della eredità. L'inventario non può dunque esser fatto che a loro richiesta.

» Qui l'erede è simile ad uno straniero. Ei non ha più alcun diritto; il possesso che avrebbe avuto luogo in suo favore se non vi fosse stato il legatario universale, a'termini dell'art. 1006, cessa assolutamente: perciocchè l'erede non è nel numero di coloro pei quali la legge ha fatta una riserva. I legatarj universali sono i soli aventi diritto, i soli investiti, i soli che possono far procedere all'inventario.

» Non si può neppure accordare all'erede un diritto di assistere all'inventario, per la gratuita supposizione che un giorno possa essere annullato il testamento: perocchè tale supposizione non può attribuire all'erede un diritto acquisito, senza il quale nessun individuo può intromettersi in alcuna maniera negli affari di una eredità.

» *Decisione*. Considerando che esiste un testamento, mediante il quale il defunto Michele Nicola Leroi Saint-Charles ha instituiti per suoi legatarj universali i citt. Laideguive, Gravier, Bourgoin; e che collo stesso testamento egli ha nominato tra essi il citt. Bourgoin, suo esecutore testamentario.

» Considerando che il defunto non ha lasciati eredi a' quali la legge riservi una porzione di beni non disponibile:

» Considerando che a' termini dell' art. 1006 del codice, i legatarj universali hanno *ipso jure* l'immediato possesso alla morte del testatore, allorchè questi non ha lasciati ered

a'quali la legge riservi una quantità de'suoi beni,

» Considerando da un altro canto, che la legge impone all'esecutore testamentario l'obbligo di far procedere all'inventario de' mobili ed effetti del testatore.

» Considerando che il citt. Leroi è stato instituito legatario particolare dal testamento del defunto Leroi, suo fratello, di cui egli è del pari l'erede presuntivo: e che in questa doppia qualità egli può avere un interesse alla conservazione degli oggetti che compongono la successione, e che sia conservato il patrimonio dell'eredità, e non sia confuso con quelli de' legatarj universali.

» Considerando infine che i legatarj universali e l'esecutore testamentario hanno detto e richiesto che si proceda all'inventario.

» Ordina, a richiesta de' legatarj universali e dell' esecutore testamentario, e de'soli *ufficiali* che eglino hanno nominati, di procedersi all' inventario de' mobili ed effetti, titoli e documenti dell'eredità di cui si tratta, e ciò in *presenza* del riferito *Leroi*, nella sua qualità di erede presuntivo del defunto; ed anche alla *presenza* del citt. Vignon, patrocinatore più vecchio degli opponenti. »

I principj adottati dalla decisione che abbiamo riportata, sono stati confermati dalla sentenza che segue. Si è anche andato più lungi: avvegnachè l'erede del sangue si limitava a domandare, che levando i sigilli, si facesse la descrizione de'mobili ed effetti su de'quali i medesimi erano stati apposti, senza pretendere che l'inventario fosse fatto a sua richiesta: nondimeno fu rigettata la domanda.

» A 14. pratile, anno 11. Il cit. de Surgères muore senza figli, dopo aver fatto testamento, nel quale instituisce la sua sposa legataria di tutto ciò che le leggi permettevano di donare al giorno della sua morte.

» Gli eredi collaterali del defunto, tra i quali trovavansi il citt. Beaumanoir e la dama Montfermeil, fanno apporre i sigilli sugli effetti della eredità.

» La dama di Surgères, nella sua qualità di legataria universale, domanda che sia levato il sequestro.

» Domandano gli eredi che si faccia una esatta descrizione di tutti questi effetti.

» La legataria vi si oppone; e sostiene che i collaterali non hanno alcun diritto per far apporre i sigilli; che eglino non ne avevano dippiù per domandare l'inventario. Adduce in suo appoggio i motivi che, nel caso sovra esposto, sono sviluppati in favore de'legatarj di Leroi di Saint Charles.

» All' opposto i collaterali fondavansi sul diritto accordato loro dalla qualità di legittimi eredi, su la possibilità della nullità del testamento, e sull' interesse che avevano di vegliare alla conservazione di effetti che potevano loro appartenere. Dicevano, che, se insorgessero alcuni reclami al tempo della restituzione, non si lascerebbe di risponder loro, che avrebbero dovuto praticare i mezzi preservativi che loro accordava la legge; e che verrebbero incolpati di non averlo fatto. Altronde la misura che riclamavano, non poteva pregiudicare ad alcuno; perchè non attribuiva loro maggior diritto di quello che ne avessero naturalmente; nè vi era alcun motivo d' impedirlo.

» Atteso che, con testamento e codicillo notariali, il citt. di Surgères ha donato alla sua sposa tutto ciò che le leggi gli permettevano, e permetterebbero di donare nel giorno della sua morte.

» Atteso che ha cessato di vivere nel suo domicilio a Dreux il 14 pratile ultimo: che a quest' epoca il codice civile, al titolo *de' testamenti*, del 13 fiorile, anno 11, promulgato il 23 a Parigi, ed all' indomani a Dreux, e conseguentemente 20 giorni prima della morte del detto Surgères, era in vigore.

» Che a termini dell'art. 294 di detta legge, il legatario universale ne ha l' immediato possesso *ipso jure*, senza essere obbligato a domandarne il rilascio: e che consta che il defunto non ha lasciati de' discendenti, che soli avrebbero il diritto alla riserva, e neppure degli ascendenti; d' onde segue che il citt. Beaumanoir e la dama Montfermeil, cugini in quarto grado in linea collaterale, non hanno alcun diritto nella eredità di cui si tratta.

» Il tribunale, in merito al principale, rimanda le parti a ricorrere. Ma intanto, pel presente, ed in via provvisoria, ordina che i sigilli apposti a richiesta di Beaumanoir su

i mobili ed effetti, titoli e documenti del riferito defunto di Surgères, sieno tolti senza *descrizione.* »

Presso la corte imperiale di Parigi con decisione de' 11 febbraro 1813 si risolve poi il caso, che gli eredi presuntivi dell' assente al momento della sua scomparsa acquistano realmente il dritto di domandaro la immissione nel possesso provvisorio dè di lui beni.

» *Fatto.* Nel 1770 morì Fiacre Govere, e lasciò sua moglie Adelaide Lanchet, ed un figlio nato dal loro matrimonio li 17 marzo 1761.

» Bisogna osservare, ch'è cosa certa, che quest' ultimo ha lasciato sempre sussistere la comunione, ch' era esistita tra suo padre, e sua madre; che non ha mai reclamato alcun dritto paterno; che nel 1793 partì per l'armata; che cessò di dare di se notizie dopo li 2 fiorile anno 2; che finalmente dopo gl' indizj avuti dal ministero della guerra avrebbe dovuto essere stato fatto prigioniero di guerra li 25 pratile anno 2, ma cancellato dalla lista militare li 3 pratile anno 4, essendo state inutili le ricerche fatte per sapere se era morto negli ospedali francesi, o nelle prigioni de' nemici.

» Nel 1807 la vedova Govere morì anch' essa, dopo di aver sempre quietamente goduto di tutti i beni paterni di suo figlio, il quale era restato indiviso in quanto a' beni della comunione tra essa e lui senza immissione in possesso per causa di assenza.

» I signori Blanchet, ed altri eredi della vedova Govere, raccogliendo l'eredità di costui, vi compresero tutti i beni paterni di suo figlio presunto morto all' armata, e se li divisero tra di loro.

» Dal loro lato i signori Paulard, ed altri eredi paterni di quest' ultimo, domandarono la immissione in possesso de' di lei beni, e l'ottennero con sentenza de' 22 agosto 1809, in virtù della quale domandarono contro gli eredi materni Blanchet il rilascio di questi beni, la liquidazione, e la divisione della comunione di cui si tratta.

» Questi formarono una opposizione di terzo contro alla sentenza d'immissione in possesso de' 22 agosto, e domandarono essi medesimi sussidiariamente, ed esclusivamente, come rappresentanti la vedova Govere, di essere immessi in possesso de' beni di suo figlio. Sostennero ch' eglino solamente aveano dritto all' immissione in possesso, poichè la vedova Govere, ch' essi rappresentavano era l'unica erede presuntiva di suo figlio al momento delle ultime nuove, che si ebbero di lui, secondo la legge de' 17 nevoso anno 2 art. 69, legge ch' era in vigore in quell' epoca, e che come tale, ed a' termini dell' articolo 120 cod. civile la vedova Govere mentre vivea, poteva solamente domandare questa istessa immissione in possesso; che per la sua morte essendosi trasmessa questa facoltà à di lei eredi proprj unicamente, essi soli ne potevano far uso.

» Ecco finalmente come sono concepite queste disposizioni legislative: art. 69 legge 17 nevoso. » Se il defunto non ha lasciato ne' discendenti, ne' fratelli, o sorelle, ne' discendenti di fratelli, o sorelle, gli succedono il padre, e la madre, o il vivente fra loro » art. 120 cod. civile. » Nel caso in cui l' assente non abbia lasciato una procura per l'amministrazione de' proprj beni, i suoi eredi presuntivi, nel tempo in cui cessò di farsi vedere, o delle ultime notizie avute di lui, potranno, in forza del decreto ec. farsi immettere nel provvisionale possesso de' beni, che spettavano all' assente al tempo della sua partenza, o delle ultime sue notizie, a condizione ec.

» Gli eredi paterni del figlio Govere risposero in primo luogo, che l'art. 69, della legge de' 17 nevoso non intende parlare che di una successione aperta, e non dell' amministrazione provvisionale de' beni di un' assente, ciò di cui unicamente si tratta in questo caso; che perciò quest' articolo è inapplicabile nel presente litigio; che d' altronde, supponendosi applicabile, la vedova Govere non avendo fatto uso del dritto, che le conferiva l' art. 120 cod. civile, e questo dritto essendo puramente facoltativo, non ne aveva trasmesso, nè avea potuto trasmetterne l' esercizio à di lei eredi, che quindi questi ultimi non potevano avere questo esercizio, che per loro propria qualità, com' eredi materni dell' assente; ma che essendo stati preceduti in questo stesso esercizio, secondo la

sentenza de' 22 agosto 1809 dagli eredi paterni, i rei convenuti, che si trovavano in questa qualità, nel medesimo ordine, nel medesimo grado per succedere, questi eredi materni erano non ammisibili, e nella loro opposizione di terzo relativamente a quest' ultima sentenza, e nella loro domanda sussidiaria d' immissione in possesso de' beni di cui si tratta.

» Ai 17 agosto 1811 il tribunale di prima istanza di Sens dichiarò, che gli eredi materni Blanchet ec. erano mal fondati nella loro opposizione di terzo, li condannò a rimettere i beni di Govere figlio nelle mani degli eredi paterni Paulard, ed altri; ed in conseguenza ordinò la divisione, e la liquidazione della comunione, ch' eravi stata in sulle prime tra la vedova Govere, e suo marito, e che in seguito erasi continuata con Govere e suo figlio.

» Considerando in dritto, che le lettere prodotte provano senz' altro l'assenza di Fiacre Govere di una maniera legale, ma che agli occhi della legge egli si reputa esistente sino all'epoca della morte di sua madre; che non evvi quistione dell' eredità, che deve adirsi di Fiacre Govere, la quale non è per anche aperta, ma solamente del godimento momentaneo de' suoi beni, veduta la sua assenza di più di cinque anni; che la vedova Govere all'epoca della morte di suo marito, non facendo inventario, avea continuato con suo figlio la communione, ch' era sussistita tra lei, ed il suo defunto marito; che suo figlio divenuto maggiore, vi avea acconsentito; che dopo la sua assenza avea creduto doverla continuare ed amministrare i beni di suo figlio tanto per ragione della tacita scelta, che avea fatta della communione, quanto del dritto, che sembravale dare l' art. 69 della legge de' 17 nevoso anno 2., ma ch' è evidente, che si fa una falsa applicazione dell' art. citato, il quale deve intendersi di una successione aperta, mentre che nel presente caso non doveva esser questione, che di provvedere all' amministrazione de' beni dell' assente.

» Considerando d' altronde, che qualunque fossero i dritti, ed il privilegio, che avesse avuto la vedova Govere ne' beni di suo figlio assente bonon ha fatto alcuna diligenza per farli convalidare; sia facendo la sua scelta, relativamente alla comunione, sia in facendo dichiarare l'assenza, sia finalmente in facendosi immettere nel possesso provvisionale, in contraddizione del signor procuratore imperiale; che non avendo esercitati questi dritti, si deve giudicare di avervi rinunziato; che dippiù essendo un dritto facoltativo, non avea potuto trasmetterlo a di lei eredi, non avendone goduto nè ella, nè essi dopo la sua morte; che non sono dunque ammisibili a volerli ora esercitare, e ad opporre la sentenza del tribunale, che ne investì gli altri parenti diversi da loro ».

» *Appello* - Gli appellanti in primo luogo persistono a sostenere, che la vedova Govere, ch' essi rappresentavano, era l'unica erede presuntiva di suo figlio a 25 pratile anno 2, tempo delle ultime notizie di costui, e che quindi a lei solamente apparteneva, mentre era viva, il dritto di domandare la immissione in possesso de' beni di suo figlio; ciò che fanno risultare dalla combinazione degli articoli 69 l. 17 nevoso anno 2. e 120 cod. civile. - Invano, soggiungono essi, si vuol dire a questo riguardo, che il primo articolo parli di una eredità aperta; da cui ne inferiscono, che è inapplicabile al caso presente, in cui si tratta solamente di una semplice amministrazione provvisionale di beni.

» Un tale ragionamento è molto specioso, e poggia sopra un' errore manifesto. Infatti, che vuolsi sapere nel presente caso? L' art. 120 cod. civile stabilendo per principio, che il dritto di domandare la immissione in possesso de' beni dell' assente appartiene al suo erede presuntivo nel tempo delle ultime notizie, si vuol sapere, chi era l' erede presuntivo di Govere figlio assente a 25 pratile anno 2. giorno delle sue ultime nuove. Per quivi pervenire bisogna adunque necessariamente ricorrere ad una finzione, cioè a dire è d'uopo considerare l' assente per un istante, come morto in quel medesimo giorno, e ricorrere alla legge, che regolava allora la trasmissione de' beni per successione, valeadire alla legge de' 17 nevoso anno 2. Or questa legge ci dice, art. 69, che questo erede presuntivo era la vedova Govere, non essendo

suo figlio allora conosciuto, ed avendo perduto il signor Govere di lui padre. Da ciò ne nasce per conseguenza la necessità di applicare al caso presente la legge de' 17 nevoso anno 2, senza di che sarebbe impossibile di conoscere l'erede presuntivo di Govere figlio al tempo delle sue ultime nuove.

» Dopo di avere stabilito, che la vedova Govere era la sola erede presuntiva di suo figlio nel tempo delle sue ultime nuove, ed essendo per principio, che l'erede presuntivo dell'assente nel tempo in cui questi più non si vede, o delle sue ultime notizie, ha solo il diritto di domandare la immissione in possesso. Gli appellanti riducono tutta la difficoltà a sapersi, se un tale dritto è trasmissibile per successione; di tal maniera che i soli eredi dell'erede presuntivo, il quale non ne ha mai fatto uso, ma che non vi ha renunziato, possano prevalersene, ad esclusione degli altri eredi dell'assente dell'istesso grado de' primi?

» L'affermativa di questa questione, dicono essi, risulta da questo principio: che in generale gli eredi legittimi succedono in *universum jus*; ch' essi rappresentano l'istessa persona del defunto, *vicem defuncti sustinent*; principio consacrato dalle leggi romane; *L. 120 e 187 in princ. D. de Reg. jur*, e del cod. civile art. 72, e 739, e dai giurisperiti ».

» La successione dice Pothier, (trattato delle successioni 1. pagina) è la trasmissione de' dritti attivi e passivi di un defunto nella persona del suo erede.

» L'erede è colui che succede a tutti i suoi dritti, per la morte della persona alla quale essi appartenevano » L'universalità de' dritti, attivi, e passivi considerata indipendentemente dalla trasmissione, che uno fa in persona dell'erede; si chiama anche successione. - Ferriere nel suo dizionario di pratica V. successione tit. 2. pag. 994 - La successione, dice quest'autore, è la surroga che si fa di tutti i dritti, e doveri di un defunto nella persona del suo erede. D'onde si vede, che il dritto di cui si tratta, essendo positivamente annesso alla qualità di erede presuntivo, art. 120 cod. civile, si trova necessariamente compreso secondo le leggi, e le autorità citate, non essendovi d'altronde alcuna disposizione legislativa di eccezione a questo riguardo nella universalità dei dritti di quest' ultimo, quando costui muore senza avervi rinunziato, e senza averne usato, e che in conseguenza, siccome quest'erede presuntivo trasmette allora la totalità de' dritti al suo erede, così gli trasmette ancora necessariamente, ed indispensabilmente il dritto di domandare la immissione in possesso, facendo un tale dritto parte di questa totalità.

» Il signor Bousquet nel suo commentario sul cod. civile ammette quest'opinione senza difficoltà - » Gli eredi presuntivi, dice questo magistrato (all'art. 120 dell'istesso cod.) trasmettono il loro dritto (il dritto in quistione) al loro rappresentante ».

» Invano si dice, che il dritto di cui si tratta è facoltativo, e personale all'erede presuntivo, che termina colla morte di questo, e che in conseguenza non può passare à di lui eredi. Ragionare in tal maniera è lo stesso, che formare una restrizione arbitraria o aggiugnere alla legge, e finalmente attentare al principio già stabilito, fondato *sull' universum jus* de' successori in qualità di eredi.

» Invano ancora i primi giudici hanno essi pensato, che nel presente caso la vedova Govere avea rinunziato al suo dritto. Questo è un'errore tanto più grande, quanto che questa vedova, credendo morto suo figlio, si era impadronita di tutti i di lui beni colla piena scienza degl'intimati nella persuasione, ch' era di lui unica erede; ciocchè allontana ogni idea di rinunzia da parte sua al dritto di cui si tratta, il quale non è per anco prescritto.

» I rei convenuti si sono particolarmente fissati a sostenere, che il dritto di domandare la immissione in possesso de' beni dell' assente, accordato dall'art. 120 cod. civile all' erede presuntivo non è che facoltativo, e personale a quest' ultimo; ch' esso si estingue colla sua morte, e non può in conseguenza passare à di lui eredi, locchè essi facevano risultare dalle seguenti espressioni usate in questo articolo «« potranno (gli eredi presuntivi dell' assente) farsi immettere in possesso ec... »» d'onde tiravano la conseguenza, che la parola *potranno* qui esprime una semplice

facoltà unicamente personale agli eredi presuntivi, e non capace di essere trasmessa per successione agli eredi di costoro.

» *Decisione*. - La corte - Attesochè il dritto di farsi immettere nel possesso provvisionale de' beni di un'assente non appartiene, che a colui, ch'è erede presuntivo di questo al tempo della sua partenza, o delle sue ultime notizie.

» Attesochè questo dritto acquistato dall' erede presuntivo dell'assente si trasmette per via di successione agli eredi di lui, allorchè egli non vi ha espressamente rinunziato. Atteso nel fatto, che a' termini dell'art. 69 della legge de' 17 nevoso anno 2 la vedova Govere era sola ed unica erede presuntiva di Fiacre Govere suo figlio all'epoca della sua partenza per l'armata, e dell'ultime notizie ricevute di lui; e che per questa qualità avea essa sola il dritto di farsi immettere nel possesso provvisionale de' beni di suo figlio.

» Attesochè lungi di aver rinunziato a questo dritto, ella ha preso il possesso de' beni di suo figlio tenuto morto in qualità di lui sola ad unica erede, con piena scienza de' conjugi Paulard, e senza alcuna contestazione per loro parte.

» Attesochè questo dritto acquistato dalla vedova Govere è stato trasmesso, per la morte di questa, insieme con la sua successione a compagni Blanchet di lei eredi; annulla l' appello, e la sentenza di cui è appello; emendando assolve gli appellanti dalle condanne profferite contro di loro; nel principale ricette Francesco Blanchet e compagni terzi opponenti alla sentenza del tribunale di Sens de' 22 agosto 1809.... dichiara gli eredi Paulard non ammisibili nella loro domanda nella immissione de' beni suddetti.

Nel tribunale di appello di Dijon a 20 frimale anno 12 si decise inoltre, che la moglie instituita erede universale del proprio marito morto senza posterità ed ascendenti non è nell'obbligo di chiamare gli eredi presuntivi a levare i sigilli apposti sugli effetti ereditarj.

» *Fatto*. Il dì 9 messidoro anno 5 Coquard dimorante a Dijon, fa un testamento olografo.

» Lo stesso giorno il notajo Menu ne stende l'atto di soprascrizione.

» Nell'anno 12 Coquard muore senza lasciar figli, nè ascendenti.

» Li 17 frimale, coerentemente all'art. 1007 del codice, il presidente del tribunale di Dijon stende processo verbale della presentazione, dell' apertura, e dello stato del testamento, ed ordina che sia depositato presso il notajo.

» Li 25, decreto, dietro richiesta della vedova Coquard, con cui il presidente *la mette in possesso della proprietà di tutt' i beni di cui Coquard morendo era in possesso; salve le opposizioni di ogni parte interessata, ed a condizione di chiamare gli eredi presuntivi, essendovi luogo, alla rimozion de' suggelli che dovettero esser posti sull' eredità.*

» La vedova Coquard interpose appello da sì fatta ordinanza, quanto alla disposizione che la obbligava a chiamare i collaterali alla rimozion de' suggelli.

» Ella fondavasi sull' art. 1006, che conferisce *ipso jure* il possesso al legatario universale, allorchè questi manca di eredi ai quali la legge riserva una quota parte di beni.

» Non avendo, diceva ella, il testatore lasciato alcun erede, cui la legge abbia fatta alcuna riserva, poteva egli disporre a talento di tutte le sue sostanze. Ha fatto uso di tal facoltà; e mediante una disposizione generale ed assoluta ha esclusi gli eredi collaterali dalla sua eredità. Essi vi sono divenuti stranieri, nè hanno per conseguenza alcun diritto d'immischiarsi in quelle operazioni che riguardano ed interessano la sola erede instituita.

» La legge nulla avendo ad essi riservato, ed il testamento nulla accordato, eglino sono privi di diritto e titolo che gli autorizzi ad assistere alla rimozion de' sigilli.

» Invano direbbesi che il testamento, il quale istituisce la vedova Coquard erede universale, può essere annullato. La legge non presume la nullità di un atto. La presunzione legale sta per la sua validità; e fino a che non si provi il contrario, conviene agire in tutto come se l' atto fosse valido.

» Gli eredi presuntivi opponevano, che la disposizione del primo giudice non facendo alcun torto alla vedova Coquard, essa non aveva motivo di querelarsene: che la loro presenza alla rimozion de' sigilli non recava

alcun pregiudizio alla erede instituita: che la stessa assicurava il ricupero de' loro diritti, ove il testamento si trovasse nullo: e che non avvi alcuna ragione di opporsi ad una misura, utile rapporto all'interesse degli eredi di sangue, indifferente riguardo a quello della vedova: che poteva d'altronde essersi sotto un atto che rivocasse la istituzione, o ne restrignesse l'effetto: che sarebbe imprudenza il lasciarlo alla discrezione della erede instituita, interessata a distruggerlo.

» La disposizione universale contenuta nel testamento di Coquard, aggiugnevasi, non rende i di lui eredi naturali estranei alla sua eredità: avvegnacchè abbian eglino sempre un'azione per attaccare il testamento, la quale certamente non può appartenere ad un estraneo. S'eglino hanno il diritto d'intentare cotesta azione, fa d'uopo ancora loro concedere quello di fare gli atti conservatorj, ch'essa necessariamente trae seco. Altrimenti un testamento, per quanto fosse illegale, servirebbe sempre di titolo per invadere una eredità. Gli eredi legittimi invano tenterebbero di giugnere in seguito a farlo dichiarar nullo. S'eglino non avessero alcun mezzo di prendere cognizione degli effetti dell'eredità, dipenderebbe dall'instituito il ritenere a suo profitto la parte più riguardevole, e gli eredi non sarebbero spogliati senza riparo.

» In vano si oppone che gli eredi presuntivi sono per testamento esclusi dall'eredità. Per provare che non hanno il diritto di assistere alla rimozion de' suggelli, non basta il dire ch'essi non hanno alcun diritto attuale: converrebbe altresì dimostrare che non possono averne più in avvenire.

» Il diseredato non è di già escluso dalla eredità? Ciò nulla ostante riconoscevasi in esso una qualità per fare apporre i sigilli: perocchè egli poteva, facendo annullare la diseredazione, essere ristabilito ne'suoi diritti. Se nell'adottare il piano della vedova Coquard si giugnesse fino a riguardare gli eredi come esclusi dalla eredità per una specie di diseredazione, anche in questa ipotesi sarebbe d'uopo ammetterli alla rimozione de'sigilli.

» Vista la presente petizione e annessi documenti, cioè l'estratto del testamento olografo, ec.

» Visto l'art. 1006 del codice civile, così concepito ec.

» Udito il commissario del governo che richiede l'adesione alle conclusioni della predetta vedova Coquard.

» Il tribunale, in adempimento dell'art. 1006 del codice civile, decidendo in appello, dice essere stato mal giudicato dall'ordinanza del mese corrente. Riformando e facendo quanto erasi a fare, immette la detta vedova Coquard, erede universale di suo marito puramente e semplicemente, in possesso de'beni da detto suo marito lasciati, coll'obbligo di soddisfare agli annessi legati, e salve le opposizioni di tutte le parti interessate. In conseguenza ordina di essere rimossi dal giudice di pace a suo favore i sigilli apposti a' beni della eredità di cui trattasi. »

Confrontando i diversi giudizj emesssi sopra di questa controversia, si vede che la pratica non è uniforme sopra tal punto. Si può aggiugnere all'autorità della decisione ora riportata, quella di una sentenza del tribunale civile di Lione, emanata in un caso simile al precedente.

Ecco il fatto:

» Dionigi Duchevalard muore li 3. vendemmiale, anno 12, non lasciando che de' collaterali ed una vedova da lui instituita con suo testamento del 25 messidoro, anno 3, sua erede universale.

» Il dì 1 frimale la vedova accetta puramente e semplicemente l'eredità del marito.

» Il dì 2 essa ottiene la immissione in possesso e la rimozion de'sigilli.

» Il di 8, opposizione per parte de' collaterali, tanto alla rimozion de'sigilli, quanto al decreto d'immissione in possesso.

» Il dì 7 nevoso le parti convengono all' udienza del tribunale civile di Lione.

» La vedova domandava che gli eredi presuntivi fossero esclusi dalla loro opposizione: che conformemente all'art. 1006 del codice civile, ella fosse immessa in possesso puro e semplice dell'eredità di suo marito, e che si procedesse alla rimozion de' sigilli.

» Gli opponenti chiedevano che si soprassedesse alla immissione in possesso, fino all'evento dell'azione di nullità del testamento ch'essi proponevansi d'intentare; e che in

ogni caso la detta immissione in possesso non fosse pronunciata che a condizione di un inventario ed estimo, per cui si offerivano all'uopo di anticipare le spese.

» Il tribunale.

» Considerando che Dionigi Duchevalard, morendo senza posterità, poteva benissimo investire la di lui vedova di tutt' i suoi beni, come lo ha fatto con suo testamento ricevuto dal notajo Duquey;

» Considerando che, secondo l'art. 1006 del codice civile, il legatario universale di un testatore, morto senza posterità nè ascendenti, è già *ipso jure* in possesso del diritto dell'eredità, senza esser tenuto di domandarne il rilascio;

» Considerando che una disposizione sì chiara e testuale esclude e rigetta evidentemente le pretensioni de' collaterali, e li lascia senza diritto, senza azione e senza qualità o veste per opporsi alla esecuzione di un testamento,

» Considerando che, per costringere l'erede a fare un inventario, richiederebbesi un diritto acquistato contro l'eredità,

» Dice e pronuncia che senza arrestarsi nè aver riguardo alla opposizione, si proceda alla rimozion de' sigilli apposti nel domicilio, ed alla eredità del defunto, rimanendone esclusi gli opponenti; che il decreto del 2 frimale scorso, portante la immissione in possesso, sia eseguito nella sua forma e tenore, facendo in maniera che la predetta vedova Duchevalard sia mantenuta nel possesso *puro e semplice* dell'eredità: in conseguenza, che i sigilli sieno tolti senza inventario alla prima richiesta; come altresì che vengano tolti puramente e semplicemente alla vedova Denis tutt' i sequestri fatti dalle parti avverse.

» Ordina che la presente sentenza venga eseguita provvisoriamente: non ostante l'appello alla forma dell' ordinanza del 1667, trattandosi della esecuzione di un testamento.»

Finalmente dalla corte di appello di Montpelier a 15 termidoro anno 11. fu deciso che il figlio naturale immesso nel possesso della eredità del padre può esserne spogliato dagli eredi legittimi, coll' obbligo però dal canto loro di cedergli la parte deferitagli dalla legge.

» *Fatto.* Lorenza Allegret diè alla luce una figlia che chiamò *Agata Toussaint Eglèe.*

» Fulcrand Sue credette esserne il padre, e il 18 brumale, anno 5, la riconobbe innanzi al pubblico ufficiale.

» A' 8 messidoro, anno 6, cessa di vivere.

» Bartolomeo, Rosa, e Margarita Sue, fratello e sorelle, non volendo acconsentire che la di lui eredità fosse devoluta alla figlia naturale, il giorno 12 successivo termidoro, fu pronunciata una sentenza contumaciale dal tribunale civile dell'Herault, la quale l'aggiudica alla medesima; e ordina che, non ostante opposizione o appello, sia seguita la sentenza provvisoriamente.

» Da tal momento, la madre, tutrice di suo figlio, s'impadronì della eredità, che ha goduta fino a questo giorno.

» Questa sentenza non fu intimata che a Rosa ed a Bartolomeo Sue.

» Dal suo canto Bartolomeo, creditore della eredità, procede ad effetto di esser pagato contro la detentrice de' beni.

» Di concerto con altri creditori, arrivò fino a togliere alla minore, col mezzo della spropriazione forzata, una parte di detti beni.

» Dopo la promulgazione del codice, Bartolomeo si unisce alle due sorelle, per interporre l'appellazione della sentenza contumaciale, del 12 termidoro, anno 6.

» Essi formalmente conclusero contro la tutrice, che fosse condannata a rilasciar loro i beni della eredità, con la restituzione de' frutti dopo la morte di Fulcrand Sue; salvo alla medesima la facoltà di reclamare, nella sua qualità co' mezzi di diritto, la porzione che la legge può attribuire alla sua pupilla.

» Essi altresì domandarono di essere provvisoriamente immessi nel possesso dell'eredità durante l'istanza; sussidiariamente che fosse posta sotto sequestro fino alla sentenza definitiva.

» Chiesero in fine, che fosse giudicato contemporaneamente sulla provvisione e sul merito.

» L'avvocato Rech fece valere a loro favore i motivi di diritto, che trovansi esposti nella sentenza che riferiremo

» Lorenza Allegret domandò che gli appellanti fossero dichiarati inammissibili, atteso il silenzio da tutti loro osservato.

» Sussidiariamente che il motivo d'inammissibilità fosse almeno pronunciato contro Bartolomeo Sue, attesa la di lui adesione formale alla impugnata sentenza; ed in ciò che concerne Rosa e Margarita Sue, a dividere a loro riguardo la eredità in due uguali porzioni, l'una delle quali sia ceduta; ed ordinare che l'altra sia divisa in tre parti eguali, l'una delle quali appartenente a Bartolomeo, sia aggiudicata alla tutrice nella sua qualità, e le altre due sole agli appellanti.

» Senza insistere che non si pronunciasse ad un tempo stesso sul provvisorio, e sul merito, l'avvocato Buge pretendeva per la tutrice.

» 1. Che se la corte decideva mediante una sola sentenza, doveva questa necessariamente dichiarare non ammissibili nella loro appellazione il signore e le madame Sue.

»» Le convenzioni e *le sentenze passate in forza di cosa giudicata* .... saranno eseguite secondo la loro forma e tenore. »» Art. 3 della legge del 14 fiorile. Ove trovare un caso a cui si applichi più direttamente questo articolo? La sentenza del 12 termidoro, quantunque per contumacia, non è mai stata attaccata nè dall'uno nè dall'altro degli appellanti. Essi non hanno parlato per cinque anni, quantunque fosse stato regolarmente intimato a due tra loro. Per questo lungo silenzio tutti sono non ammissibili nella loro appellazione.

» Il motivo d'inammissibilità è sopra tutto infallibile contro di Bartolomeo. Egli si è unito a'creditori della eredità, per far vendere, col mezzo della spropriazione forzata, una parte degli immobili; dirigendo in tal modo i suoi procedimenti contro di sua nipote; riconosciuta erede, ed immessa nel possesso de' beni come tale: ha espressamente aderito alla sentenza, e non può più oggi giorno attaccarsi.

» 2. A supporre ammissibili questi pretesi coeredi non sarebbero fondati. La legge transitoria e il codice civile che invocano, non si applicano a'figli naturali, i di cui diritti sono stati fissati dalla giustizia, ed i quali si trovano da cinque anni in possesso. La legislazione non ha voluto derogare alle convenzioni private o giudiziarie acconsentite dalle parti interessate, come nel caso.

» In tutt'i casi le pretensioni degli appellanti sono esagerate. Dumandano la cessione intiera della eredità, mentrecchè a'termini dell' art. 767, è riconosciuto che Elgée ne dee conservare la metà.

» Si oppone indarno che i figli naturali non sono eredi, ma piuttosto creditori del defunto, e che in questo senso, debbono ricevere la loro riserva dalla mano dell'erede.

» Se questa misura è praticabile nel caso in cui il figlio naturale non è ancora al possesso, non lo è più quando bisogna spogliarlo, per metterlo poscia in possesso. Sarebbe questo fare un giro disapprovvato dalla giustizia, e proscritto dalla corte d'appello di Grenoble nel 14 ventoso, anno, 12.

» 3 Poichè la convenuta ha ridotte e cambiate le sue conclusioni, non è più la stessa causa. Bisogna rimandare le parti innanzi a' primi giudici; diversamente la corte violerebbe la legge del 3 brumale, anno 2, la quale vuole che ciascuna contestazione subisca due gradi di giurisdizione.

» Nel rimanente, se la corte ritiene la lite, saprà respingere i ragionamenti per mezzo de' quali gli avversarj si studiano di far ammettere che la porzione accordata a' figli naturali dall' art. 767 non deve esser presa sulla universalità della eredità, ma semplicemente sulla riserva legale.

» Se il codice nega a' figli naturali la *qualità* di eredi, ne han però tutti i dritti. La parte degli uni e degli altri si determina conformemente agli stessi principj. Tutti dividono ciò che si trova nell' eredità, previa soltanto la deduzione de' debiti.

» 4. Quanto alla restituzione de' frutti, non può questa esigersi, nemmeno per la porzione de'beni che potrebbe essere condannata a rilasciare. Il semplice possessore, porta l' art. 549 del codice, non fa suoi i frutti che nel caso in cui possiede di buona fede.

»» Il possessore è di buona fede, quando possiede come proprietario, in virtù di un titolo traslativo di proprietà, di cui ignora i vizj. »» *Art.* 550

» Egli ha goduto in virtù della legge del 12 brumale, anno 2, e della sentenza 12 termidoro, anno 6. Era di buona fede; perciocchè non poteva prevedere che un giorno

verrebbe distrutto o modificato dal codice l'effetto di questa legge, e che la detta sentenza verrebbe attaccata dagli appellanti. Se questi titoli fossero infetti di qualche vizio, nè essa, nè chicchessia poteva conoscerli: ella dunque non dee rendere che la nuda proprietà.

» *Sulla* 1.ª *quistione*. Considerando che il provvisorio ed il merito essendo in istato di essere giudicati nel tempo stesso; ed essendo scaduti tutt'i termini, ella è cosa di regola che bisogna pronunciare sopra il tutto, mediante una sola e medesima sentenza.

» *Sulla* 2. Si è considerato che la domanda degli appellanti essendo fondata sulla legge del 24 fiorile, anno 11, si dee altsesì consultar questa legge nelle disposizioni che possono sembrar loro contrarie. L'art. 3 di questa legge porta: »» saranno eseguite secondo la loro forma e tenore le convenzioni e le sentenze passate in forza di cosa giudicata, dalle quali fossero stati fissati lo stato ed i diritti di detti figli naturali. »» Gli appellanti riclamano la eredità di Fulcrand Sue: la tutrice della figlia naturale del nominato Sue non oppone loro alcuna convenzione, che abbia determinati il suo stato ed i suo diritti; ma lo respinge mediante la stessa sentenza del 12 termidoro, anno 6, la quale s'impugna, pretendendo che la medesima ha acquistata la forza della cosa giudicata: bisogna dunque esaminare se questa sentenza è passata in forza di cosa giudicata, sì contro le due sorelle Sue, sì particolarmente contro il detto Bartolomeo Sue.

» Primieramente tal sentenza non è stata intimata a Margarita Sue, moglie di Marzal: non si può dunque opporle alcuna adesione, perciocchè non si può aderire ad una sentenza la quale non è stata intimata.

» Dall'altra parte, il termine di dieci anni, per appellare da questa sentenza, la quale è stata profferita in contumacia, non essendo trascorso, perchè questa sentenza avesse acquistata la forza della cosa giudicata, sarebbe d'uopo, secondo l'art. 5 del tit. 27 dell'ordinanza del 1667, che le parti vi avessero aderito formalmente. Vi sarebbe dunque d'uopo di un atto qualunque, il quale si potesse imputare alle nominate Rosa e Margarita Sue; e la turice non oppone ad esse che il loro silenzio. Il silenzio solo non può non ostante produrre l'effetto di un'adesione; nè lo produce se non quando è continuato per dieci anni. Margarita e Rosa Sue non hanno fatta nè intimata cosa veruna, da cui si possa trarre partito contro di esse: elleno dunque non hanno aderito alla sentenza del 12 termidoro, anno 6: è dunque ammissibile la loro appellazione: non può dunque esse rigettata la loro domanda nè dalle disposizioni dell'ordinanza del 1667, nè da quelle dell'art. 3 della legge del 14 fiorile, anno 11.

» Quanto a Bartolomeo Sue, la tutrice ha prodotte all'udienza diverse carte, le quali provano che questo appellante ha dapprima proceduto contro gli eredi successori e tenenti i beni del suo debitore per la confessione di un obbligo acconsentito a suo favore dal nominato Fulcrand Sue; che tali intimazioni sono state fatte alla tutrice, come rappresentante Agata Toussaint Egle Sue sua figlia naturale, e che egli ha ottenute varie sentenze a favore del procedimento relativo alla confessione, ed una sentenza di condanna del tribunale civile dell'Herault del 9 fruttidoro, anno 7 ec. ec.

» *Sulla* 3 *quistione*. Si è considerato che le leggi autorizzano la domanda degli appellanti, di esser dichiarati i soli eredi del ripetuto Fulcrand Sue: la loro parentela non è stata contrastata: e quanto alla figlia naturale, la legge del 14 fiorile, ed il codice civile non le conferiscono alcun diritto, a questa qualità. L'art. 1 della legge del 14 fiorile, porta. . . . Fulcrand Sue è morto nell'anno 6, dopo la promulgazione della legge del 12 brumale, anno 2: bisogna dunque consultare le leggi del codice civile, per fissare lo stato ed il diritto della figlia naturale. Il suo stato non è contrastato; il riconoscimento di suo padre è conforme alle disposizioni della legge: ma per ciò che concerne i diritti, l'art. 724 del codice si esprime in questi termini. . . . L'art 756 aggiugne. . . . Bisogna adunque ammettere ulteriormente le conclusioni de' fratelli e sorelle di Fulcrand Sue, dichiararli soli eredi, e metterli al possesso della intiera eredità, cedendo però al figlio naturale i diritti che gli accorda la legge.

» *Rispetto alla* 4. *questione*. Il tribunale

ha considerato che quando la legge del 3 brumale, anno 2, era eseguita in tutto il suo rigore, si poteva dubitare se il giudice di appello potesse conoscere qualsivoglia altra cosa che quella la quale era stata agitata avanti il primo giudice: ma l'ordinanza del 1667 essendo stata rimessa in vigore, si dee oggidì tenere per regola, che i tribunali di appello debbono cercare di valutare definitivamente tutte le contestazioni; ed altronde, nel caso attuale, la tutrice potendo appellare personalmente dalla sentenza del 12 termidoro, anno 6, in che modo potrebbe ella ridurre le sue prime conclusioni? Ella aveva domandata in prima istanza la intiera eredità: per qual motivo non potrebbe conchiudere in causa di appello, di esserle rilasciata una porzione di beni di questa stessa eredità? Il tribunale di prima istanza ha pronunciato sulla intiera successione: il tribunale d'appello può dunque conoscere tutto ciò che ha rapporto alla divisione di questa eredità. Egli dunque deve esaminare quale è la porzione che dee essere attribuita, conformemente alle leggi, alla figlia naturale di Fulcrand Sue nella eredità di suo padre. L'art. 767 lo determina in una maniera precisa: esso porta,... Nel caso attuale Fulcrand Sue non ha lasciato che un figlio naturale ed un fratello e delle sorelle. Questo figlio, se fosse stato legittimo, avrebbe avuta la intiera eredità, poichè il padre non aveva fatta alcuna disposizione: dunque dee averne la metà, poichè non è che figlio naturale, e vi esistono un fratello ed una sorella. L'espressione di cui si serve la legge »» *il terzo*, *la metà*, *i due terzi* della porzione ereditaria non può intendersi di una semplice porzione di diritto; la quale non può come la legittima in passato, essere tolta al figlio. Si dee necessariamente intenderla *di tutt'i diritti successivi* del figlio legittimo, vale a dire, che il figlio naturale dee avere la metà di ciò che avrebbe avuto il figlio legittimo. E poichè avrebbe avuta la totalità della successione, il figlio naturale dee dunque averne la metà. »

» *Relativamente alla 1. quistione*. Si è considerato, che il figlio naturale non avendo avuto diritto che alla metà de' beni, la tutrice ha dunque male a proposito goduto per se, fino a questo giorno, della totalità; che dee quindi rendere conto de' frutti di detta metà, i quali sono stati percepiti indebitamente; ma che non si dee trattarla come un possessore di mala fede, ed ordinare la restituzione de' frutti a stima de' periti; ma bensì come un possessore di buona fede, il quale dee rendere conto de' frutti, mediante stato: poichè il suo possesso era fondato sopra di un titolo legale, il quale rimane rovesciato e distrutto; ma che perciò non iscusa meno il possessore.

» Infine, quanto alle spese, il tribunale ha considerato che l'incertezza nella quale erano vivute le parti fino alla legge del 14 fiorile, e tutte le altre circostanze della causa dovevano determinare a compensarle: ma che essendo riformata la sentenza di prima istanza, era cosa giusta di ordinare la restituzione dell'ammenda depositata in appello.

» Per questi motivi, il tribunale pronunciando su' motivi provvisorj, e su' motivi principali delle parti; decidendo sulle rispettive loro ragioni, dichiara essere stato giudicato male dal primo giudice, bene e con gravami appellato; ciò facendo... Facendo ragione alle conclusioni de' nominati Sue fratello e sorelle, li dichiara soli eredi del ripetuto Fulcrand Sue loro fratello; ordina che al momento del ordinanza, tutt' i detentori di beni, titoli, e documenti dell'eredità siano tenuti a rilasciarli ad essi; condanna la detta Lorenza Allegret, nella sua qualità di tutrice, a rendere conto per istato della metà de' beni de' quali ella ha goduto nella eredità dopo la morte del detto Fulcrand Sue; e facendo ragione, quanto a ciò, alle conclusioni della ridetta tutrice, ordina di esserle rilasciato, nella detta sua qualità dalla parte del ripetuto Fulcrand Sue, la metà de' beni intieri componenti la detta eredità... e l'altra metà per li nominati Bartolomeo, Rosa e Margarita Sue, ec.

Delle qualità richieste per succedere.

» §. 9. Per poter succedere è necessario » di esistere nel momento in cui si apre la » successione.

» Sono quindi incapaci di succedere

» 1.° colui che non è ancora conceputo.

» 2.° il fanciullo che non è nato vitale.

» *Art.* 646. *Leg. civ.*

Sul concepimento della persona capace a succedere vedi la dottrina ritenuta da Locrè, e da noi riportata nell'articolo *Donazione* §.4.*n*.4.

Chi nasce vitale ma senza la forma umana è anche capace a succedere? Domat decide negativamente.

» La medesima incapacità, ei dice, con più ragione esclude quello che da una donna può nascere senza la forma umana, quantunque abbia avuto vita; poichè questo o è un mostro, o una massa informe di carne che non si può mettere nel numero delle persone. *Domat. Leg. civ. tomo. 7. sez. 2. n. 4.*

Questo giureconsulto ne prende ragione dal responso di Paolo dato nel caso stesso.

» Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum (*puta vitulum , vel aliquid habens duo capita*) enixa sit. Partus autem qui membrorum humanorum officia ampliavit, alicujus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur. *L.* 14. *D. de. statu homin.*

Casus. Si mulier aliquod monstruosum, vel prodigiosum pariat, isti non videntur liberi: sed si ampliata sunt membra ejus, inter homines liberos erit. *Vivianus.*

Il figlio nato vivente da un parto cesareo, cioè estratto dall'utero della madre estinta, può succedere alla madre stessa? Ulpiano è per l'affermativa,

» Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe, et si ex secto ventre editus sit. Nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate. Quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit. *L.* 12. *D. de lib. et post. hered. instit.*

Casus. Sive filius nascatur alicui post testamentum, sicut solet nasci, sive ex secto matris ventre, et sive sit integrum animal, sive non semper rumpit testamentum, dum tamen nascatur in potestate dicti testatoris, et spiritum habeat; alias non rumperet. *Vivianus*

In qual epoca il fanciullo è vitale?

» Questa quistione, risponde Chabot dell'Aller, è stata sempre lo scoglio della Fisiologia, ed ha formato il soggetto di celebri cause, che sono state diversamente giudicate.

» Intanto quasi tutti gli autori erano di accordo, ed i tribunali han quasi sempre deciso, che il fanciullo, che viene alla luce prima del settimo mese, non è vitale, abbenchè abbia dato segni di vita, o altrimenti se vitale fusse, non è da riputarsi figlio legittimo di quel matrimonio contratto da meno di sette mesi prima della sua nascita.

» La legge *septimo mense. ff. de statu hominum* sembra a tal riguardo precisa allorchè dice: *Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est, propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis, et ideo credendum est eum, qui ex legitimis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.*

» Ma generalmente si ammetteva, che alloraquando era incominciato il settimo mese dopo il concepimento, il fanciullo era vitale, e per conseguenza legittimo; e siccome i mesi della gravidanza sono lunari, cioè a dire, che ciascun mese è di ventinove giorni, e dodici ore, si riguardava come vitale e legittimo il fanciullo che nasceva il 182mo giorno dal suo concepimento, il che era fondato sulla legge *intestato* al §. ultimo ff. *de suis, et legitim. haeredibus. De eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est. Hippocrates scripsit, et Divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum.*

» Si agitava anche la quistione di sapere se il fanciullo nato nell'ottavo mese fusse vitale. La maggior parte de' fisiologi e de' filosofi sostenevano la negativa. Tal'era l'avviso del celebre Ippocrate. Ma Aristotile, e molti altri erano di un parere contrario; e siccome non eravi nel dritto romano, alcuna legge, che proibiva di riconoscere il fanciullo nato nell'ottavo mese, siccome gli autori, che ne contestavano la vitalità non erano di accordo nelle ragioni su cui basavano il loro parere, e che d'altronde molti esempj sembravan contrarj alla loro opinione, si giudicava costantemente, che il fanciullo dato alla luce nell'ottavo mese, purchè avesse dato de' segni certi di vita, doveva esser riputato nato a tempo, ed in conseguenza legittimo, e da poter succedere.

» Era anche una quistione molto controvertita quella di sapere, se il feto poteva permanere undici mesi nel seno materno, e se egli era legittimo, ed abile a succedere allorchè nasceva nell'undecimo mese dopo lo scioglimento del matrimonio.

» Secondo la legge delle dodici tavole, ed il dritto del Digesto, questo figlio non era riputato legittimo. La *L.* 3 al §. *post decem* 11. ff. *de suis et legit. haered.* dice precisamente: *Post decem menses mortis*, *natus non admittitur ad legitimam haereditatem.*

» Ma la nostra giurisprudenza non si uniformava a queste leggi, e si era adottato da per ogni dove l'opinione sostenuta da un gran numero di autori, che l'undecimo, ed il settimo mese, essendo egualmente lontani dal termine ordinario e naturale delle nascite, il fanciullo nato nell'undecimo, dovea esser dichiarato legittimo e successibile, come quegli, ch'era nato nel settimo: molti arresti hanno così giudicato.

» In riguardo a' fanciulli nati dopo l'undecimo mese, questi non si riputavano legittimi; ed intanto Bourjon, dice ancora su questo punto, che gli arcani della natura, e le sue secrete risorse non si possono investigare: » Che presso alcune femmine il vigore della complessione è prematura, ciò che la debolezza presso alcune altre rallenta, e che questa incertezza deve influire per la forza delle circostanze sulla legittimità del fanciullo, abbenchè nasca dopo l'undecimo mese. È il fatto, *soggiunge egli*, e la natura, che debbono deciderlo ».

» Il codice civile nel titolo delle successioni non ha stabilita alcuna regola riguardante l'epoca, nella quale il fanciullo dev'esser dichiarato vitale.

» Nulladimeno si può argomentare dagli art 312, 314, e 315 + 234, 236, 237 al titolo della paternità, e della filiazione, che il codice civile non presume vitale il fanciullo nato prima del centottantesimo giorno dopo il suo concepimento, e che non presume legittimo, nè successibile il fanciullo nato 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio; giacchè questi articoli autorizzano a contestare la legittimità di tai fanciulli. *Chabot dell'Aller. Trat. delle succesioni. Tit.2. Cap.* 1.

» Il figlio nel seno della madre, dice poi Toullier, è riputato nato qualora trattasi del suo interesse. Egli raccoglie tutte le successioni aperte dopo di essere stato concepito, purchè fosse capace di succedere al momento della loro apertura. Se egli fosse legittimato con un matrimonio posteriore al suo concepimento, non raccoglierebbe che le successioni aperte dopo la celebrazione del matrimonio de'suoi genitori.

» Ma se il figlio concepito è riputato nato, ciò è unicamente nella speranza della sua nascita. Non si può dire che coloro che nascono morti siano stati nel numero dei viventi; essi non hanno giammai veduta la luce. *Qui mortui nascuntur*, *neque nati*, *neque procreati videntur. L.* 129. *D. de verb. signif.*

» Bisogna dunque che il figlio nasca vivo, benchè perisca pochi istanti dopo la sua nascita. La sua vita quantunque di pochi momenti, gli ha dato il dritto di raccogliere tutte le successioni aperte dopo il suo concepimento, di trasmetterle ai suoi eredi, di operare la rivocazione delle donazioni fra vivi fatte dal padre e dalla madre, ec.

» Non basta però che egli sia nato vivo, bisogna ancora che sia nato vitale, *vitae habilis*, cioè a dire in uno stato di conformazione abbastanza avanzata ed abbastanza perfetta da poter conservare la vita che ha ricevuto, e che ha perduta quasi nel medesimo istante; altrimenti egli è considerato agli occhi della legge come se mai non fosse vissuto.

» Debbono dunque esser provate tre cose per attribuire ad un figlio il dritto di succedere; l'una che egli era concepito al momento dell'apertura della successione; l'altra che è nato vivente, la terza che è nato vitale.

» Sulla prima quistione bisogna seguire le regole stabilite per la filiazione dei figli legittimi al titolo della paternità e della filiazione; per esempio secondo l'articolo 315 (237) la legittimità del figlio nato trecento giorni dopo lo scioglimento del matrimonio, potrà essere impugnata: per conseguenza se egli è nato nel trecentesimo giorno a contare dalla morte di suo padre, o prima, egli ha potuto raccogliere e trasmettere tutte le succes-

sioni aperte durante questo spazio di tempo.

» Sulla seconda quistione, non è sempre facile provare che un fanciullo sia nato vivo, qualora è morto pochi momenti dopo la sua nascita. Trattasi di sapere a' quali segni può ravvisarsi la vita.

» Essa non è dubbia, qualora si è inteso gridare il fanciullo al momento della sua nascita. Questo segno è infallibile, ma non è il solo: la legge 3 codice de *posthumis* decide positivamente, che non è necessario che il fanciullo abbia messo delle grida.

» Questa legge è stata sempre seguita nell' antica giurisprudenza. Si trovano giudicati che sopra segni molti equivoci, hanno deciso che un fanciullo era nato vivo. Per altro, è un errore il considerare come segni di vita ogni specie di movimento nel corpo di un fanciullo che nasce. I medici insegnano che il fanciullo novellamente venuto al mondo, e non ancora separato da sua madre, ha sovente de movimenti convulsivi, e che se egli è molto debole, ha qualche volta delle respirazioni incomplete, accompagnate da sospiri, ma che queste pulsazioni di cuore e di arterie, questi movimenti delle membra, ed anche i semplici sospiri, non acquistano ad un fanciullo la vita civile; finalmente che questi movimenti possono durare senza la vita completa fino ad una, o due ore. Le sole persone dell' arte possono dunque stimare i segni di vita che ha dato il fanciullo.

» Ma l' esistenza di questi segni, qualunque siano, è provata dalla testimonianza degli *ostetricanti*, delle levatrici, e delle altre persone presenti al parto. Le loro deposizioni debbono far piena fede intorno ai fatti che attestano, concernenti i segni di vita del fanciullo, perchè essi sono testimonj necessarj.

» Non si rigetta neppure, in questa materia, una deposizione isolata; altrimenti si ridurrebbero spesso le cose all' impossibile.

» Un arresto del parlamento di Roven del dieci maggio 1749 giudicò che la deposizione di una levatrice, unitamente all' atto di morte, era sufficiente per provare che un fanciullo sia nato vivo, se era nato nel termine della gravidanza. Apparteneva a colui che pretendeva il fanciullo esser venuto morto al mondo, di stabilire la sua pretensione.

» Ma supponendo ben fondato che il fanciullo sia nato vivo, rimane a provare che sia nato vitale.

» Si può sulle prime stabilire come principio, che provato una volta il fanciullo esser nato vivo, egli è riputato nato vitale, purchè questa presunzione non sia distrutta da una pruova contraria, o dalle presunzioni legali stabilite nel titolo della paternità e della filiazione.

» L'antica giurisprudenza richiedeva cento ottantadue giorni fra il concepimento e la nascita, perchè, il figlio fosse riputato vitale. Il codice civile decidendo coll' art. 312 (234) che il figlio nato nel cento ottantesimo giorno dal matrimonio, non può essere ricusato dal marito, fa conoscere chiaramente che deve riguardarsi come vitale il figlio che nasce nel cento ottantesimo giorno dal suo concepimento. Dunque a sei mesi la legge riconosce il figlio vitale, sebbene le persone dell'arte pretendano che agli occhi della medicina è vitale ai cinque mesi, ma la legge ha saviamente preso un mezzo termine a cui bisogna arrestarsi.

» Or si riguardi come verità inconcussa che l'anatomia fornisce i mezzi come discernere dall' ispezione del cuore e dai progressi dell' organizzazione del bambino che muore pochi momenti dopo la sua nascita, se egli ha più o meno di cento ottanta giorni.

» Il solo mezzo onde provare che il fanciullo è nato vivo, e vitale, si è dunque quello di domandare, e far ordinare, una visita di periti medici, o chirurgi.

» Ma se il fanciullo è stato sepolto senza che le persone dell' arte abbiano verificato i progressi della sua organizzazione, e se non si è più in tempo di riparare a questa omissione disotterandolo, i mezzi di provare che il fanciullo nato vivo non era vitale, mancano assolutamente; indarno si consulterebbero le persone dell' arte che non hanno più alcun dato per conoscere se egli era giunto al cento ottantesimo giorno.

» La presunzione della vitalità conserva dunque la sua forza. Ogni individuo che muore si presume essere vissuto nella capacità dei dritti civili. L' incapace non si presume, articoli 902 1123 (818 1077); appar-

tiene a colui che l'allega il darne la prova.

» Ma se il fanciullo nasce prima dei cento ottanta giorni dalla celebrazione del matrimonio, la legge non lo riconosce più come vitale: l'onore della madre, e la morale pubblica esigono che esso si dichiari non vitale anzichè illegittimo. Supponiamo dunque che il marito sia morto prima della nascita di questo figlio: la vedova sagrificando l'onore al suo interesse, non potrà dimandare di provar col mezzo di testimonj che il suo figlio era stato concepito prima del matrimonio, e che il marito ha riconosciuto la sua gravidanza; una tale dimanda è contraria ai buoni costumi. La moglie non può essere ammessa ad allegare la propria turpitudine, per solo motivo d'interesse; deve essere la di lei dimanda rigettata per motivo d'inamissibilità.

» Nondimeno se ella provasse per iscritto che il marito ha riconosciuto la di lei gravidanza prima del matrimonio, questa pruova non potrà essere rigettata, se il riconoscimento è stato fatto con un atto autentico: articolo 334 (257); rimarrà solamente a provare che il figlio è nato vitale.

» Sarebbe lo stesso se il riconoscimento del marito non fosse autentico? Questo riconoscimento sarà senza difficoltà ammesso, se si trattasse di assicurare uno stato al figlio vivo, giacchè la madre, come noi lo abbiam veduto al titolo della paternità e della filiazione, può difendere il proprio onore, e lo stato del figlio con tutti i generi di pruova ammessi in giudizio.

» Or non si vede niuna ragione per rigettare questo riconoscimento, perchè sol trattasi dell'interesse della vedova o dei suoi eredi: questo caso è differente da quello in cui la moglie offre una pruova testimoniale. Potrebbe ancora accadere che la donna avesse pruove di riconoscimento della propria gravidanza in lettere scritte dagli eredi del marito. Come potrebbero essi ricusare dopo la di costui morte un riconoscimento emesso di lor moto proprio?

» Nè mi si potrà opporre che il riconoscimento di un figlio naturale deve esser fatto con atto autentico, poichè trattasi di un figlio nato durante il matrimonio.

» Nella specie inversa, la moglie muore nel parto cento settantacinque giorni dopo il matrimonio: il padre prova che il figlio è nato vivo ed è sopravvissuto per alcuni istanti alla madre morta ne' dolori del parto. Il figlio non è pertanto reputato vitale; per conseguenza non ha potuto succedere alla madre, nè trasmettere al padre alcun dritto sui beni della madre.

» Il padre non può domandare di provare per mezzo di testimonj che il figlio è stato concepito prima del matrimonio, che è nato vitale, e che è succeduto a sua madre. L'onore dovuto alla memoria della moglie, e la morale pubblica escludono questa domanda. Egli deve essere dichiarato inamissibile, ed il figlio presunto non vitale.

» Ma il padre potrà ben invocare un riconoscimento autentico che egli avrà fatto anteriormente al matrimonio, perchè si avrebbe potuto invocare contro di lui, e perchè la data ne è certa. Egli però non potrà invocare contro i terzi un riconoscimento privato che non ha data certa. Ma a noi sembra che egli potrà invocare e produrre le lettere di sua moglie, se in fatti provassero ch'ella era incinta prima del matrimonio.

» Un uomo prigioniero in Inghilterra da molti anni, o se si vuole, di ritorno dalle Indie, giunge in Francia, ove ritrova la moglie che cento sessanta cinque giorni dopo muore nel parto di un fanciullo che il marito pretende esser nato vivo, e sopravvissuto a sua madre. Questo figlio non è vitale agli occhi della legge; esso non ha potuto succedere alla madre; nè trasmettere alcun dritto al padre.

» Un tale, dopo aver fatta donazione fra vivi, a suo nipote, si marita. Cento sessantacinque giorni dopo il matrimonio sua moglie partorisce un fanciullo che muore pochi momenti dopo la sua nascita: il padre domanda di provare che il figlio è nato vivo e sostiene che la donazione è rivocata in virtù dell'articolo 960 (885).

» La domanda dev'esser rigettata. Se il figlio è nato vivo, esso non è nato vitale.

» Se il padre dimandasse di provare che il figlio è nato vitale, e che il concepimento è anteriore al matrimonio, la sua dimanda dovrà esser dichiarata inamissibile.

» Con più forte ragione, se il figlio fosse nato cento sessantacinque giorni dopo che il marito donante è giunto dalle Indie, questi non potrà chiedere di provare che il figlio sia nato vivo.

» Ma se il fanciullo nato cento sessantacinque giorni dopo il matrimonio, o dopo il ritorno del marito, continuasse a vivere, e se invece di ricusarlo, come ne ha il dritto, il marito lo riconosca per figlio proprio, la donazione resterà rivocato, ed il donatario non potrà, per sostenere la sua donazione, impugnare la legittimità del figlio.

» Nel medesimo caso, se la moglie fosse morta nel parto, i suoi eredi non potranno contrastare al figlio vivo la successione di sua madre, perchè essi non hanno il dritto di impugnare la legittimità del figlio. La madre non ha potuto trasmettere loro un dritto che ella non aveva.

» Se, durante il corso di matrimonio che continua per più anni, la moglie muore nel partorire un figlio che si pretende nato vivo, ed essere sopravvissuto alla madre, allora nascono tre quistioni da sciogliersi, cioè, 1.° se egli è nato vivo 2.° se è sopravvissuto alla madre, 3.° in fine, se è nato vitale; e siffatte quistioni debbono essere sciolte dietro i principj da noi stabiliti; ma compete all'attore provare i fatti che servono di fondamento alla sua domanda. Quindi appartiene a coloro che reclamano i dritti da canto del figlio, o per causa della sua sopravvivenza, di provare che egli è nato vivo; perchè questo fatto è il fondamento della loro domanda. Si vegga del resto ciocchè deve fare l'offiziale dello stato civile nel caso di un fanciullo morto prima che fosse registrata la sua nascita.

» Ma il fatto che il figlio non è nato vitale è una eccezione; ed appartiene a colui che la oppone il provarlo. *Reus excipiendo fit actor.*

» La facoltà di succedere essendo un dritto civile, non appartiene agli stranieri. Per altro, mercè un motivo di giustizia fondato sulla reciprocanza, e per impegnare gli altri sovrani a sopprimere il barbaro dritto di albinaggio, il codice ammette lo straniero a succedere ne'beni, che il di lui parente straniero o francese, possiede nel territorio del regno, nel caso, e nel modo con cui un francese succede al suo parente possessore di beni nel paese di questo straniero, in conformità delle disposizioni dell'articolo 2.° nel titolo del godimento, e della privazione dei dritti civili: articolo 726 (647).

» L'articolo 2.° porta che » lo straniero godrà in Francia dei medesimi dritti civili, ai quali sono o saranno ammessi i francesi, in vigore dei trattati della nazione cui tale straniero appartiene ».

» Non bisogna però conchiudere da questo avvicinamento di articoli, che è sufficiente, per rendere uno straniero capace di succedere in Francia, che i trattati accordano ai sudditi dei due stati il dritto di reciproca successione nella estensione dei loro rispettivi territorj. Questa reciprocanza è richiesta non solo da nazione a nazione; ma anche da particolare a particolare. Bisogna egualmente che lo straniero che reclama una successione in Francia sia capace di succedere secondo le leggi del suo paese.

» Per esempio: i religiosi, e le religiose sono in Prussia incapaci di succedere per legge del paese, come altre volte era in Francia. Non basterà dunque per autorizzarli a raccogliere in Francia una successione, il dire che i trattati fra le due nazioni accordano ai loro sudditi rispettivi il dritto reciproco di successione; e che le nostre leggi attuali non riconoscono più la incapacità di succedere che risulta dalla professione religiosa. Primieramente non vi sarà più reciprocanza, poichè se un religioso prussiano non può nè trasmettere la sua successione ad un francese, nè disporre in suo favore, la reciprocanza esige che egli in Francia non possa nè raccogliere una successione, nè ricevere una donazione, sia fra vivi, sia per causa di morte.

» D'altronde la morte civile, con cui la legge antica conservata in Prussia, colpisce gl'individui che hanno abbracciata la professione religiosa, affetta il loro stato, e li rende incapaci ad ogni successione; è una legge personale che li siegue da per tutto. Sarebbe dunque contrario alla ragione che colui il quale non è abile a succedere nella sua patria, fosse riconosciuto per abile a succedere in paese straniero.

» Vi è per altro una eccezione al principio, che per essere abile a succedere in Francia, bisogna essere abile a succedere nel proprio paese; è questo il caso della morte civile incorsa per effetto di una condanna giudiziaria. Questa morte civile non siegue affatto, fuori della sua patria, colui che ne è stato colpito, poichè i giudicati emessi in una sovranità non hanno effetto in un altra, giusta una legge del dritto pubblico delle nazioni, che è applicabile alle materie criminali egualmente che alle materie civili.

» Ma fuori di questo caso, il principio è universalmente riconosciuto che la legge del domicilio, fino a tanto che regola e determina lo stato di una persona, esercita il suo impero al di fuori, come al di dentro del suo territorio. Appunto sopra questo principio l'articolo 3.° del codice dice (6) che » i francesi tuttochè residenti in paese straniero, sono soggetti alle leggi che riguardano lo stato e la capacità delle persone. *Toullier, Corso di dritto civile tom. 4. n. 92. a 102.*

Può dichiararsi vitale un fanciullo iscritto nello stato civile per *defunto nel nascere?* La corte di appello di Parigi a' 13 fiorile anno 12 decise affermativamente.

» *Fatto.* Madama Deshyaes perdette suo marito sulla fine dell' anno decimo.

» Ella era incinta.

» Giacomo Deshayes, suo cognato, fu nominato curatore al ventre.

» Questa vedova ebbe un parto penosissimo; e provò per cinque giorni i più acuti dolori, ed il 27 vendemmiale, anno 11, le venne levato un figlio,

» Il 29, questo figlio è inscritto sugli atti di nascita, sotto il nome di *Maria Luigia Deshayes.*

» Lo stesso giorno ebbe luogo anche l'altra inscrizione sui registri de' morti, la quale indica che il figlio è *morto nascendo.*

» In conseguenza delle predette due dichiarazioni contraddittorie e quasi simultanee, discussioni e contestazioni sulla questione, se in fatti nacque vivo ovvero morto; ed in diritto, se ha raccolto la successione di suo padre, e l'ha trasmessa a sua madre.

» Portata la questione innanzi al tribunale di Dreux, il primo messidoro, anno 11, si pronuncia una sentenza la quale decide, che non avendo avuta vita il figlio, l'eredità dee appartenere agli eredi del padre defunto.

» Appellazione dalla parte della vedova Deshayes.

» Delacroix Frainville, suo difensore, sosteneva che i due atti del 28 vendemmiale anno 11, ricevuti dal pubblico ufficiale non si contraddicevano in verun modo. L'atto di morte non dice che il figlio *è nato morto*; dice soltanto che *è morto nel nascere*; ciò che assai è differente. Si attesta che vi è stato un intervallo tra la nascita e la morte. Quindi la morte non ha preceduta la nascita: ma la nascita ha preceduta la morte. Ciò posto lungi dal distruggersi, gli atti concorrono per provare che il figlio ebbe vita.

»Dippiù, la testimonianza del raccoglitore non lascia alcun dubbio sul fatto della vita del figlio. Egli ha enumerati ed asseriti in un certificato gl'indizj non equivoci che gli hanno dimostrata la vita del figlio dopo la di lui separazione della madre e la sezione del cordone ombilicale.

» Si oppone che un certificato in questa materia non è una prova: ma questa non è che la spiega della testimonianza che il raccoglitore è qui un testimonio legale, il quale non fa che spiegare le circostanze, il dettaglio delle quali non era permesso dalla forma dell' atto di nascita. Egli è l'accordo o la conferma della stessa testimonianza.

» Si obbietta inoltre che l'atto di nascita non è rivestito delle forme legali: perciocchè non fa menzione che il figlio sia stato presentato al pubblico ufficiale, ovvero che questo ufficiale si sia trasferito all' abitazione della madre.

» Ma la legge non esige che l'atto annunzj tal presentazione ossia detto trasporto. Ella si rimette in ciò all' uffiziale dello stato civile per l'osservanza di dette regole. Si dee dunque credere che le medesime sieno state osservate, poichè il pubblico ufficiale ha ricevuto l'atto di nascita.

» In fine si dice che il raccoglitore, essendosi servito di uncini e tanaglie per estrarne il figlio, è impossibile che non sia nato morto.

» Questo fatto non è esatto. Ma supponen-

do che non fosse vero, non distruggerebbe la dichiarazione consegnata nell' atto di nascita dal pubblico ufficiale.

» La legge accorda a quest' ufficiale tutta la sua confidenza. A' termini dell' art. 45 del codice, gli estratti de' registri civili, allorchè sono debitamente legalizzati, fanno fede fino alla inscrizione in falso. La prova di qualunque siasi fatto contrario non può dunque essere ammessa.

» Per questo motivo, si dee avere per costante, che Maria Luigia Deshayes ha vivuto; in conseguenza ha ereditato da suo padre premorto. Per questo motivo ha trasmessa la sua eredità. — » Pantin, a favore degli eredi collaterali, rispondeva che l'atto della morte, attestando che il figlio è *morto nel nascere*, prova a sufficienza che il medesimo non ebbe vita. D'altronde non basta che egli sia stato vivo nascendo. A' termini della *legge* 12 *ff. de lib. posth., et* §. 1, *inst. de exhaered. liberis*, fa d' uopo che il figlio sia nato vivente, ovvero che abbia vivuto dopo la sua nascita, ciò che nel caso si confessa non esser seguito. Per tal modo l'attestazione, per produrre qualche effetto, non doveva riguardare un fatto anteriore alla nascita, ovvero un fatto concernente la stessa nascita: bisognava che fosse basata sopra di un fatto posteriore: diversamente ella non prova che nel proposito la vita del neonato.

» Egualmente il pubblico ufficiale ed il raccoglitore non potendo certificare che il figlio *de cujus* era morto prima della sua nascita; poichè questo fatto non essendo tutto al più che congetturale, non era punto suscettibile di essere affermato, hanno fatta una dichiarazione più saggia, contentandosi di asserire ch' egli è *morto nascendo*; e a ciò dovevano limitarsi. Bastava d'altronde che eglino deponessero, che il figlio era morto nel suo nascere; perchè non si potesse anche far a meno di conchiudere ch' egli non aveva vivuto dopo la sua nascita, come di necessità sarebbe mestieri per la validità dell' opinione della vedova Deshayes.

» Qualunque sia il merito di tal dichiarazione, se essa non trionfa sull' atto di nascita, se non lo distrugge intieramente, la contraddizione almeno ch'esiste tra loro, li vizia tutti e due; ed in questo caso nè l'uno nè l'altro meritano una confidenza completa ed irrefragabile.

» È dunque mestieri ricorrere alla prova testimoniale, e intendere tutti coloro che videro il figlio, ed erano presenti allorchè venne alla luce. Tutti deporranno che non diè alcun indizio di vita.

» Epperò gli eredi Deshayes debbono ottenere la eredità del defunto.

» È questo il caso di confermare la sentenza di prima istanza, che loro l'accorda.

» Il Tribunale.

» Considerando che tutti gli atti dello stato civile fanno fede in giustizia, fino alla inscrizione in falso;

» Considerando, ch' è stabilito da' registri dello stato civile del comune di Varray, sotto la data del 27 vendemmiale anno 11, ch'è nata in detto giorno una bambina la quale è stata nominata Maria Lugia Deshayes, ed è stata dichiarata figlia del defunto Sulpicio Deshayes, e di Maria Luigia Aillet.

» Che detto atto, il quale prova da se solo, e senza che vi sia bisogno di altre prove, che la figlia di Maria Luigia Aillet fu vivente, non potrebbe essere distrutto nè dalle induzioni che si volessero dedurre dall' atto inserito ne' medesimi registri nello stesso giorno per provare la morte della stessa figlia, nè mediante altre prove offerte da' convenuti, le quali non possono essere ammesse contro un atto autentico.

» Senza arrestarsi, nè avere alcun riguardo alle offerte delle prove fatte da' convenuti, le quali sono dichiarate *inammissibili*; facendo diritto sull'appellazione, emendando esonera, ec.; rigetta la domanda promossa da' convenuti come non fondata, per la divisione della eredità di Sulpicio Deshayes, e li condanna nelle spese. »

Serva inoltre di addizione al presente articolo 646 il reale rescritto de' 9 marzo 1822 con cui è disposto che i religiosi, e le religiose professe, per ragione de' voti monastici, sono incapaci di succedere.

» Al regio procurator generale presso la suprema corte di giustizia, ed ai regj procuratori generali, e regj procuratori presso le gran corti, e tribunali civili.

»Signori.= Si è dubitato, se i religiosi e le religiose professe sieno capaci di succedere, e se le rinunzie autorizzate dal dritto canonico prima della professione religiosa incontrino l'ostacolo del dritto civile in vigore.

» Questo dubbio è stato rassegnato a S. M., e la M. S. sulla considerazione, che le successioni debbano essere regolate esclusivamente a norma delle attuali leggi civili; e che ricevute nel regno le istituzioni religiose, coloro che ad esse appartengono, astretti dal voto di povertà, trovansi collocati in uno stato d'incapacità volontaria ad acquistare alcuna proprietà, si è degnata dichiarare che i religiosi e la religiose professe per ragione de'voti monastici sono incapaci di succedere.

» Nel partecipare nel real nome alle signorie loro questa sovrana risoluzione, gioverà osservare che per effetto della medesima le rinunzie de' monaci, e delle monache relative all'eredità future hanno a riputarsi come atti superflui, e senza oggetto ».

Disposto con questo sovrano rescritto, che i religiosi, e le religiose sono incapaci a succedere, sorge il dubbio se per la loro professione religiosa si apre la successione della loro persona. Per l'affermativa riteniamo la dottrina di Pothier.

» La professione religiosa, ei dice, che fa una persona facendole perdere la vita civile da' luogo all' apertura della sua successione.

» Bisogna perciò che la professione religiosa sia accompagnata da tutte le condizioni necessarie per renderla valida; cioè che essa sia stata fatta in un Ordine approvato, dopo un anno intero di noviziato a contare dal giorno in cui si è preso l'abito, all'età di ventun' anni compiti per gli uomini, e diciotto per le femine, ch'essa sia stata fatta pubblicamente, e ch'essa sia avvenuta mediante un atto nella forma prescritta dall'ordinanza; finalmente ch'essa sia stata fatta senza violenza.

» Del resto i parenti che avessero interesse che la successione non si fosse aperta fin dal tempo della professione, non sarebbero ammissibili ad allegare la violenza, se quegli che ha fatto la professione fosse morto senza reclamare.

» La successione di un Gesuita, come quella degli altri religiosi è aperta per la professione che fa dopo il noviziato, quantunque egli possa essere congedato dalla società, e ritornare al secolo.

» Egli è vero che l'apertura della sua successione dipende dalla condizione della sua perseveranza nella società, e che se egli è congedato prima dell' età di trentatrè anni, si presumerà che la sua successione non sia stata aperta, e li suoi beni gli dovranno essere restituiti, senza però alcuna restituzione dei frutti, ma se vi rimane sino all' età dei trentatrè anni, la sua successione sarà riputata essersi aperta fin dal tempo de'suoi primi voti. *Pothier. Trat. delle successioni. vol. 1. cap.* 3. *sez.* 1. §. 2.

Il medesimo giureconsulto propone un caso singolare in cui due volte può farsi luogo all' apertura della successione di un religioso, ed è quando questi diviene vescovo.

» Poichè, ei dice, si apre una prima volta la sua successione per la sua professione religiosa, tutti i dritti attivi, e passivi, e i beni che aveva allora passano ai suoi parenti già capaci di succedergli; e siccome il vescovato lo restituisce alla vita civile, di nuovo si apre la sua successione per la sua morte naturale, e tutti i dritti, e i beni che ha acquistati, e le obbligazioni che ha incontrato dopo promosso al vescovato passano ai suoi parenti, capaci in allora di succedergli. *Pothier. Trat. delle successioni vol.* 1. *cap.* 3. *sez.* 1.

» §. 10. Uno straniero è ammesso a suc-
» cedere nè beni che lo straniero o naziona-
» le possedeva nel territorio del regno, in
» conformità dell' articolo 9. n. 2.° *Art.*
» 647. *Leg. civ.*

Data la convenzione diplomatica che abolisce il dritto di albinaggio fra due stati, la regola delle successioni ne' beni dello straniero che aveva luogo prima della detta convenzione rimane intera sino al momento in cui la convenzione stessa viene pubblicata - Decisione de' 17 novembre 1825.

» *Fatto* - A' 9 maggio 1818 morì in Napoli senza prole il cavalier D. Giuseppe Imperiale figlio del fu principe D. Placido, lasciando superstiti il marchese D. Domenico suo germano interdetto, e talune nipoti figlie del-

l'altro fratello predefunto principe D. Giulio, tra i quali si divise l'asse del defunto zio, e fratello rispettivo in due parti uguali.

» Con atto de' 9 novembre 1823 li conjugi cavalier D. Francesco Migaldi, e D. Marianna Giulia Imperiale figlia dell'interdetto D. Domenico domandarono nel tribunale civile di Napoli di succedere nella metà de' beni lasciati nel regno dal defunto cavalier Imperiale già raccolto da suo padre D. Domenico, in esclusione di costui ch' era un genovese, e quindi colpito dal dritto d' albinaggio. Per avvalorare il loro assunto presentarono fedi del parroco di S. Giorgio de' genovesi in Napoli, dalle quali appariva, che D. Placido, e D. Giuseppe Imperiale furono battezzati, e sepolti in quella Chiesa, e che ivi fu battezzato benanche il marchese D. Domenico.

» Per parte del suddetto marchese D. Domenico fu risposto, che gli enunciati documenti facevano la più chiara dimostrazione della nazionalità del medesimo; giacchè se il padre D. Placido nacque, e morì in Napoli, se lo stesso debbe dirsi del principe D. Giulio, e del cavalier D. Giuseppe, o se egli medesimo ebbe culla in Napoli, dovea conchiudersi ch' era napoletano. Gli attori replicando alle difese comunicarono nuovi documenti per provare nel detto D. Domenico la qualità di genovese, e furono: 1.° fedi di nascita di Giulio Imperiale seniore padre di Placido, che nacque in Genova, sposò una donna genovese, ivi domiciliò costantemente, e vi possiede la maggior parte de' suoi beni, giusta i corrispondendi certificati: 2.° estratto legale dello statuto di Genova del 1755, nel quale è sanzionato, che i soli cittadini fussero ascritti al libro di nobiltà: 3.° estratto dal libro d'oro della nobiltà genovese, dal quale appariva, che Placido, ed i quattro suoi figli Gaetano, Giulio, Giuseppe e Domenico vi furono ascritti fin dal 1 settembre 1777: 4.° altro estratto dello stesso statuto, che riconosce per genovesi anche coloro, che sebbene non ascritti al libro di nobiltà, ed abitassero fuori il territorio della repubblica, avessero in Genova domicilio, e casa aperta. Da corrispondenti certificati appariva, che il marchese D. Domenico domiciliò sempre in Genova, dove nacquero otto suoi figli: 5.° altri certificati comprovanti, che il detto marchese da' 17 luglio 1795 ai 30 giugno 1796 fu uno de' componenti il grande e minore Consiglio sovrano di Genova, carica, che si dava a' soli nazionali, giusta lo statuto: 6.° certificato del sindaco di Genova de' 18 agosto 1823, il quale attesta, che D. Domenico trovasi iscritto ne' ruoli de' contribuenti alla tassa mobiliare, e personale di quella città: 7.° certificato del segretario del Senato di Genova, dal quale si ha, che il detto marchese ne' diversi atti giudiziarj si è qualificato per genovese: 8.° conclusioni dell' avvocato generale presso il real Senato di Genova, e decisione dello stesso, colla quale il marchese è dichiarato genovese, in occasione del giudizio d' interdizione provocato in quel tribunale ad istanza della moglie. Quindi si conchiuse, ch' essendo il marchese un forastiere, e vigendo, come si dicea chiaro dal trattato conchiuso tra il regno di Sardegna, e quello delle due Sicilie, il dritto di albinaggio tra questi regni, al tempo della morte del cavalier Imperiale, la di costui eredità si dovea per la parte che riguarda li beni siti nel regno per metà conseguire da D. Marianna Giulia, la quale era diventata napoletana pel matrimonio contratto fin dal 1815 col cavalier Migaldi. Che se le nipoti del marchese Domenico non gli avevano contrastati questi beni, ciò fù, perchè essi conoscevano, che l' attrice Migaldi avrebbe percepito il frutto della lite.

» Per parte del marchese fu risposto, che per aver egli de' beni nel regno per essere un feudatario riconosciuto dal Governo, ed ascritto ne' sedili di Napoli, era certamente napoletano. Esibì pure quattro istrumenti stipulati dal 1789 al 1792 dal fratello D. Giulio, e da lui, ne' quali si erano asseriti napoletani, e cavalieri gerosolimitani.

» Varj altri documenti furono prodotti dagli attori in compruova del loro dedotto, e tra gli altri un certificato negativo del libro d' oro della nobiltà napoletana per ismentire ciò che si era detto dal marchese in ordine all' essere ascritto a' sedili di Napoli.

» Il tribunale civile con sentenza de' 26 luglio 1824 rigettò le pretenzioni de' conjugi attori.

» Appello de' medesimi con atto de' 30 a-

gostè: nell' appello ripetè quanto si era detto in prima istanza; solamente si aggiunsero nuovi documenti estratti dagli archivj di Napoli; e di Genova per escludere in Domenico la qualità di napoletano.

» Le risposte dell' appellato furono dello stesso tenore.

» La gran corte civile in prima camera con decisione de' 17 marzo corrente anno 1825 rigettò l' appello, ed ordinò eseguirsi la sentenza de' primi giudici. La gran corte considerò sulla quistione di nazionalità che quantunque D. Placido padre del marchese fosse stato di origine genovese, pure dovea riputarsi cittadino napoletano per aver posseduti de' beni, e procreati de' figli in Napoli, per aver sposata una signora napoletana, e per aver costantemente domiciliato in Napoli; circostanze, che a' termini della prammatica 1. *de immunit. Neapolit.* costituiscono la cittadinanza Napoletana: soggiunse, che per la *L. 1. D. de municip.* il figlio segue la condizione del padre in fatto di nazionalità. Escluse gli altri documenti esibiti dagli appellanti per comprovare la qualità di genovese in D. Domenico, considerando, che se erano stati battezzati, e sepolti i signori Imperiale nella parocchia di S. Giorgio de' genovesi, lo era stato, perchè ivi avevano una cappella di famiglia; che la temporanea dimora fatta dal marchese in Genova non induceva perdita di domicilio in Napoli; che le cariche esercitate in Genova dallo stesso erano temporanee, ed esercibili anche da forastieri, e che i quattro istrumenti, ne' quali D. Giulio, e D. Domenico si erano dichiarati napoletani escludevano ogni dubbio sulla loro nazionalità.

» Riguardo poi alla quistione del dritto di albinaggio ne riconobbe l' esistenza prima del trattato fra le due potenze Napoli, e Piemonte, che fu sanzionato al 1 aprile 1822 e dichiarato d'aver forza obbligatoria dal 1 giugno 1818, ma soggiunse, che gli attori avendo reclamata la successione in novembre 1823 tempo in cui vigeva il trattato, l'affare era ricaduto in quel caso, *a quo incipere non poterat.*

Sulle spese compensazione.

» Avverso tale decisione i conjugi Migaldi ed Imperiale, han prodotto ricorso per annullamento. I mezzi sono distinti in due serie: nella prima van compresi quelli, che attaccano la nazionalità del marchese Imperiale, nella seconda quelli, che dimostrano l' esistenza del dritto di albinaggio nella specie.

Mezzi della prima serie

» 1.° Si dice violata la *L. 6. D. ad municipalem*, perchè la gran corte ammette nel fatto che Placido Imperiale era indubitatamente di origine genovese, viene poi a conchiudere, che D. Domenico suo figlio era napoletano, contro il disposto della suddetta legge, la quale stabilisce la massima, che il figlio segue la cittadinanza del padre.

» 2.° La gran corte ha creduto, che l' originaria cittadinanza di Placido Imperiale si sia trasformata in cittadinanza napolitana, perchè nacque in Napoli, sposò una donna napoletana, domiciliò in Napoli, e vi procreò de' figli, e perchè acquistò de' beni nel regno; ed ha invocata la prammatica 1. *de immunit. Neap.* Ma tranne la circostanza del matrimonio con dama napoletana, niuna delle altre circostanze marcate dalla gran corte valeva ad attribuire a taluno la qualità di napoletano. Quindi si è data alla prammatica la sanzione legislativa, che non ha.

» 3.° Il luogo della nascita costituisce la cittadinanza, quando i genitori sono cittadini del regno, nel quale si nasce. Questo è il senso della *L. 1. D. ad municip.*, che la gran corte ha male invocato nella causa.

» 4.° In questo senso si è violata pure la *L. 3. cod. de municip.*, ove stà detto, che il figlio segue l' origine del padre.

» 5.° Per la stessa ragione si è violata la *L. 33. D. ad municip*: e la *L. Mensia* riportata ne' frammenti di Vulpiano t. 5.

» 6.° Si è violato l'articolo 11. del cod. civ. uniforme alle leggi civ. quando s' è attribuita la cittadinanza napoletana al marchese D. Domenico, che mai la reclamò. Anzi lungi dall' averla reclamata, ha reclamata la genovese, ed è stato dichiarato tale dal Senato di Genova; e lungi dal fissare il suo domicilio, e trasferire il suo stabilimento in Napoli, ha per confessione della controparte, la sua abituale dimora in Genova, e vendè prima, che la disputata successione si aprisse, tutti i suoi beni sistenti in Napoli.

» 7.° Si sono violate le *L.* 7. *cod. de incolis* e la *L.* 10. *D. ad municipalem*, quando si è creduto, che Placido Imperiale divenne napoletano, perchè domiciliò in Napoli; anche perchè in questo modo il dritto di cittadinanza dipenderebbe dalla volontà dell'estero, e non da concessione sovrana.

» 8.° Da documenti irrefragabili appariva, che Placido col resto della famiglia neppure domiciliò costantemente in Napoli, e che ha sempre avuto il suo domicilio in Genova sua patria, ove ha tenuto costantemente casa aperta, ha amministrate pubbliche cariche, ha fatto scrivere i suoi nomi, non che del resto della famiglia nel libro d'oro della nobiltà genovese, e dove ha pagate le tasse personali. La gran corte quindi violò la legge allorchè si dipartì dall' autorità de' pubblici atti, ed allorchè si convinse del contrario senza alcun documento.

» 9.° Si è confusa la residenza col domicilio, violandosi le *L.* 7. *cod. de incolis*, 201 e 203 *D. de verb. signif*, 20 e 27 *D. ad municip.* allorchè si è creduto, che la breve dimora di Placido Imperiale in Napoli, gli abbia fatto perdere il domicilio in Genova.

» 10. La prammatica 5. *de immunit Neap.* richiedeva per acquistarsi la cittadinanza napoletana non solo il matrimonio con una napoletana, ma benanche di doversi comprare, o edificare una casa in Napoli. Ciò mancava in persona di Placido Imperiale. Dunque non poteva considerarsi napoletano. Quindi la gran corte hà violata la suddetta prammatica.

» 11. Placido Imperiale giammai domandò di trasferire il suo domicilio in Napoli, a senso della prammatica I. e IV. *de immunit Neap.* si sono dunque violate tali leggi allorchè la gran corte lo ha voluto caratterizzare per napoletano.

» 12. Non perchè Placido Imperiale possedè beni nel regno dovea dirsi napoletano. Ciò è contrario alla citata prammatica 1. ed alle *L.* 12. 5. 13. *D. ad municip.* e 23. *D. de verb. signif.* Oltrecchè possedendo il medesimo beni di maggior valore in Genova, nel dubbio si doveva considerare genovese, non potendo essere nel tempo stesso cittadino genovese, e napolitano.

» 13. I certificati, che comprovano d'essere stati battezzati così Placido Imperiale, che i suoi figli, tra i quali D. Domenico, nella parocchia di S. Giorgio de' genovesi in Napoli dimostrano la di loro nazionalità genovese. Per dritto canonico la partecipazione de' Sacramenti si fà nella prossima parocchia. Per Bolle pontificie, la parocchia di S. Giorgio non comprende nella sua giurisdizione, che i soli genovesi. Se dunque i signori Imperiale furono battezzati in S. Giorgio de' genovesi, lo furono appunto per la qualità suddetta. Nè monta la circostanza di avere gl'Imperiale nella suddetta parocchia una cappella gentilizia, di che si è fatto, dalla gran corte una eccezione a favore degli avversarj, perchè non ha veruno appoggio, d'onde si deduca, che trasformi in cittadini napoletani i genovesi ivi battezzati, e sepolti

» 14. Si è violato il trattato passato nel 1749 tra Genova, ed il nostro Governo, nel quale trattato la famiglia Imperiale fu dichiarata genovese. Non che si è violato l'atto solenne, con cui il console genovese Molinelli rassegnò al nostro Governo la lista de' sudditi genovesi, tra i quali Placido Imperiale, che figurò nella transazione, come genovese, e pagò il quarto di tutt' i suoi beni. Dunque la gran corte ha obbliato quella politica transazione.

» 15 La gran corte dovea prestar fede a legali certificati ed a pubblici istromenti, dai quali appariva che il marchese D. Domenico non fu giammai ascritto ne' registri di nobiltà in Napoli. Oltracciò la gran corte ha violato il fatto stabilito, ove ha riconosciuto nel marchese una transitoria dimora in Genova, mentre il contrario appare da atti autentici, e giuridici e dalla confessione della controparte. Si è perciò disprezzata la fede dovuta ad atti autentici, e violata la *L.* 6. *D. ad municipalem.*

» 16. La gran corte ha creduto erroneamente, che il marchese D. Domenico esercitò le cariche pubbliche in Genova colla qualità di forastiere, perchè lo statuto di quella città stabiliva, che i soli cittadini vi dovessero aspirare. A torto ha considerato ancora, che sono compatibili nella persona di Domenico la qualità di cittadino napoletano coll'esercizio delle cariche così giudiziarie, che legislative esercitate da lui in Genova.

» 17. Si pretendono violate le *L.* 30. *D. de lib. caus.* e 25. *de stat. hom.* per non essersi tenuto conto dalla gran corte della decisione del Senato di Genova, che dichiarava D. Domenico genovese. Nelle quistioni di stato questo giudicato doveva essere riconosciuto, come lo riconobbe la stessa gran corte nella causa d' interdizione. Che perciò si è posto in contradizione, allorchè lo riconobbe in quella causa, e lo ha rigettato nella presente.

» Mezzi della seconda serie.

» 1.° Si è violato l' articolo 720 del cod. civ. ed il decreto de' 12 agosto 1818 quando si è scambiata la regola coll' eccezione, e quando perciò si è creduta relativa e non assoluta la incapacità nascente dall' albinaggio.

» 2.° Se il marchese Imperiale era incapace di adire l' eredità in disputa al tempo della morte del fratello, dovea egualmente dichiararsi incapace a ritenerla; giacchè la capacità di succedere si definisce al tempo della morte di quello cui si vuol succedere, non al tempo dell' adizione, come ha supposto la gran corte. Violati quindi gli articoli 718 *cod. civ.* 638 leggi civ. il decreto de' 4 marzo 1817 le *LL.* 2. 5. 4. *D. testam. quem. aper. L.* 9. 5. 2. *D. de lib. et posthum.*

» 3.° A tenore dell' articolo 724 uniforme all' articolo 645 leg. civ. i ricorrenti entrarono *ipso jure* nel possesso de' beni del cavalier Imperiale dalla morte del medesimo nè v' era bisogno d' esser messo in possesso, com' era per le antiche leggi. Quando la gran corte è entrata in contrario avviso ha violato l' articolo suddetto.

» 4.° Violato l' articolo 20 uniforme all' art. 14 leg. civ. come pure l' articolo 33 per analogia delle dette leggi, perchè se colui a tenore de' detti articoli, che ricupera la nazionalità perduta non ne può esercitare i diritti, che dal dì del riacquisto, molto più non può esercitarli colui; che non fu mai nazionale, come il marchese Imperiale.

» 5.° Si è violato l' articolo addizionale del trattato abolitivo dell' albinaggio tra Genova, e Napoli, perchè con questo articolo si era data forza retroattiva al medesimo dal 1 giugno 1818 non prima di questo tempo, come ha creduto la gran corte.

» 6.° Si è violata la regola *res inter alias acta, aliis non nocere*, contenuta nella *L.* 26 *D. de pactis*, ed in altre leggi, e nell' articolo 1118 quando si è data forza a taluni istrumenti di convenzione passati tra il marchese e le figlie di D. Giulio; istrumenti, che neppure si erano presentati.

» 8.° Si è male adattata al caso la regola *incidit in eum casum, a quo incipere non potest*, perchè il marchese era incapace e prima e dopo il trattato del 1822. Dacchè il decreto abilitò a succedere tassativamente alle successioni aperte dopo il 1 giugno 1818; e non a quelle prima scadute, per le quali continuava la incapacità. Che se la ricorrente non reclamò la quota in quistione subito dopo scaduta, ciò non osta al suo dritto, che *ipso jure* già era passato sul suo capo.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati D. Filippo Carrillo, e D. Girolamo Magliano pei ricorrenti, e D. Giacinto Martucci pei convenuti, ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso pel rigetto del ricorso.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio — Vista la decisione: visto il ricorso.

» Considera, che nel pronunziarsi sulla quistione tra conjugi Imperiale, e Migaldi, e D. Domenico Imperiale, se cioè le regole dell' albinaggio entrassero a definire il modo di succedere alla eredità intestata del cavaliere D. Giuseppe Imperiale, la gran corte ritenne come indubitate due idee: che Placido Imperiale padre di Giuseppe fosse di origine genovese, e che a' termini della *L.* 1. *ad munic.* il figlio segua la origine del padre. Or comunque la conseguenza legale de' due dati fosse, che Domenico, altro figlio di Placido, fosse genovese anch' esso, andiede a conseguenza opposta; che cioè Placido dovea considerarsi napolitano, come Domenico, dacchè domiciliato in Napoli, vi acquistò beni, prese moglie, ed ebbe i figli. Ma cotesta idea tratta dalla prammatica 1. *de immunitate Neapol.* invocata all' uopo non soddisfa al voto del legislatore, dacchè per la medesima non potea dirsi napoletano Placido, e meno Domenico di lui figlio.

» Per ciò che appartiene alla persona di Placido primamente si osserva, che le circo-

stanze indicate non sono tutte quelle richieste dalla prammatica, ad ottenere il privilegio di napoletano, dappoicchè non si è provato, nè detto, che Placido avesse in Napoli colla moglie casa propria, circostanza essenziale fralle altre ad assicurare l'animo di permanerci, senza di cui non possono godersi gli effetti della prammatica; ed i privilegj di stretta intelligenza non possono godersi ove non concorrono copulativamente, gli estremi richiesti ad ottenerli.

» Oltreacciò diverso è il privilegio d'immunità dal dritto di naturalizzazione. Il primo può in certi casi godersi dal nazionale, come dall'estero, ed il magistrato nel concorso delle circostanze richieste ne dà il privilegio: la naturalizzazione presso noi egualmente, che presso i romani *jus majestatis erat*, verità sanzionata non meno dalla detta prammatica, che dall'altra *de offic. provisione*, e dal dispaccio di Carlo III. del 1737; ed anche ammesso, che nella prammatica del 1479 vi sia una naturalizzazione di dritto era da vedersi se dopo le altre due notate disposizioni legislative, e specialmente dopo il dispaccio del 1737, possa anche oggi considerarsi come oriundo napoletano l'estero per goderne le prerogative inerenti al carattere di cittadino. Una legge di economia, dettata dalle circostanze cessa di aver, tostocchè cangi, l'oggetto per cui fu emanata.

» Osserva inoltre la corte suprema, che a senso della stessa prammatica del 1479 a godere il privilegio espresso nella medesima, faceva d'uopo l'animo di lasciare la patria naturale per la napoletana. All'incontro Placido fu tanto alieno da questa idea, che nella transazione diplomatica del 1749 relativa al valimento, esso amò meglio di pagare il valore del quarto dei suoi beni, ed essere annoverato tra Genovesi che opporre la qualità di napoletano, ed evitarlo. Più: secondo il *jus receptum* l'ascrizione ad uno de' sedili importava acquisto di cittadinanza, l'ambirono molti nobili genovesi suoi pari, e tali furono riputati: ma Placido lungi di farsi ascrivere tra nobili di questa capitale, si annoverò co' figli a registri della nobiltà genovese, e ritenne il domicilio in Genova, richiesto a conservare i fedecommessi de' suoi maggiori, che lo richiedeano a pena di decadenza. Il domicilio di fatto si perde co' fatti contrarj; ma ciocchè riviene dalla natura, com'è la naturalizzazione di origine, non si perde, che per volontà dichiarata, o per pena di degradazione, che s'irroghi. Cotesti dati esclusivi della qualità di napoletano nella persona di Placido furono opposti da' conjugi, e la gran corte non ne formò corrispondente oggetto di esame, per cui non può dirsi assodata la sua qualità di nazionale, com'è certo, che la omissione rende censurabile il giudizio, dacchè opposto ai dettami dell'articolo 219 della leg. org, e 233 del cod. di procedura.

» Per ciò, che riguarda Domenico.

» Osserva, che anche quando per cangiamento di domicilio potea supporsi, che Placido da genovese divenne napoletano, non potea per la *L.* 1. *ff. ad municip.* dirsi napoletano egualmente il figlio. Quivi è scritto: *qui ex duobus campanis natus est, campanus est*, ed a giusta intelligenza di cotesta legge Domenico dovea dirsi genovese non napoletano, doppoichè si trasmette a' figli la cittadinanza naturale, e di origine, non l'acquista *jure domicilii L.* 6. *ff. ad municip. Filius*: quivi è scritto, *civitatem ex qua pater ejus naturalem originem duxit, non domicilium sequitur*, anzi se per dritto romano l'incolato era sufficiente ad acquistare *jus civitatis*, per dritto patrio il solo domicilio, e la diuturnità della dimora col possesso de' beni, se non si avea casa propria, e moglie napoletana, non era sufficiente a produrlo.

» Domenico dunque potea divenir napoletano per propria destinazione, non per lo domicilio del padre; e da' fatti raccolti dalle narrative si è a supporre l'opposto. Per la *L.* 7. *Cod. de inc.* l'incolato costituisce il domicilio, *ubi larem, rerum, et fortunarum suarum summum constituit, unde rursus non sit discessurus*. Ond'è indubitato, che per ragion di domicilio non si acquista la cittadinanza senza l'animo di fissarvi l'ordinaria dimora, e la somma del patrimonio. Così la gran corte credette Placido da genovese divenisse napoletano, perchè quivi fece la sua dimora, acquistò beni in regno, prese moglie napoletana, e vi ebbe figli. D'

altronde si ha che Domenico si maritò all' estero; esercitò in Genova cariche incompatibili con gli esteri; ritenne i fedecommessi de' maggiori, egualmente incompatibili con gli esteri; vi ebbe casa aperta, ed ivi procreò nove figli, e niuno in Napoli; circostanze, che portarono il procuratore generale di quel Senato a sostenere la sua qualità di genovese, ed il Collegio a non aderire alle rogatoriali spedite dal tribunale di Napoli per l'esame a farsi colà, onde pronunziarsi su della di lui interdizione. Ond' è, che le circostanze medesime rendono poco sicuro ciocchè si legge nel quarto de' considerando della decisione impugnata, che cioè Domenico dimorò solo qualche tempo in Genova, per cui non vi divenne cittadino per incolato, e conservò la cittadinanza napoletana trasferitagli dal padre. Le cose osservate fan conoscere che la gran corte come travide ne' fatti andiede ad una dichiarazione, che male vi corrisponde.

» Ma oltre a ciò, che si è osservato, non potea sfuggire dalle sue cure il documento intimato da' conjugi, precisamente diretto a far conoscere, che Domenico come genovese, e per effetto dell' albinaggio era succeduto a' beni ereditarj di Giuseppe in Genova, escludendone le nipoti figlie di Giulio altro di lui fratello, dacchè napoletano. Se cotesto fatto, che non si vede contraddetto nelle narrative, veramente sussiste, cade la qualità di cittadino napoletano, che si sostiene nella persona di Domenico; dacchè come tale non potea invocare l' albinaggio ad escludere il concittadino da' beni in Genova; cessa la idea di reciprocanza, che si è supposta tra napoletani, ed i genovesi; e resta vero che Domenico non potè altrimenti escludere le nipoti, che come genovese, e che in conseguenza l'albinaggio non cessò fra Genova, e Napoli, che per la transazione ultimamente stipulata tra il nostro Sovrano, ed il Re Sardo. E dato ciò come sarebbe incorrispondente alla giustizia privata, ed al pubblico interesse, che il genovese venga ammesso a succedere in regno, quando il napolitano va escluso da succedere in Genova, ove la gran corte non ne fece neppure quistione, nè parola, non egguagliò l'ordinaria sua saviezza.

» Nè questa corte suprema può accogliere il secondo motivo poggiato sulla idea, che la incompatibilità dello straniero, come non assoluta, così, cessando coll' abolizione dell' albinaggio, prenda la successione vacata prima, qualora non si trovi ancora adita.

» Si considera all' uopo, che avvicinato l' articolo 726 all' articolo 11 del cod. civ. è manifesto, che la esclusione, che riviene dall' albinaggio è assoluta, e perentoria; per cui pubblicata la legge, che lo prescrive, la persona prima incapace non lascia di esserlo, che per l' avvenire. Altro è il caso, che sia possibile di supporre le cause dell' esclusiva come non mai avvenute, dalla incapacità che rivenga dalla qualità inerente al soggetto escluso. Infatti se un condannato in contumacia venga assoluto, può riputarsi come non mai condannato, dacchè sempre innocente, e perciò se gli rende tutto ciò, che gli è mancato per effetto della suddetta condanna. Nel caso dell' albinaggio abolito non può farsi, che non fu straniero, e quindi non può retrotrarsi la legge, e rendere successibile chi non lo era, e torre la eredità a colui che n' è stato investito dalla legge, comunque manchi l' adizione formale. Il morto impossessa il vivo. Perciò gli eredi legittimi acquistano *ipso jure* per subingresso i diritti attivi, e passivi inerenti alla eredità del defunto, articolo 932. Questa verità si conferma a vista dell' articolo 2 del cod. civ., e rimane inattaccabile per lo real decreto del 7 marzo 1822, col quale fu ordinato che la convenzion diplomatica portante l'abolizion dell' albinaggio, conchiusa a 3 maggio 1818 dovesse avere effetto dal 1 giugno 1818. Dunque fissata l'epoca del suo vigore retroattivo si trovano letteralmente escluse le successioni vacate prima del 1 giugno 1818.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirsi il deposito.

Dal tribunale di Parigi a 23 brumale anno

12 fu deciso, che sul pretesto di esistere eredi stranieri più prossimi si può opporre ad un nazionale il possesso.

» *Fatto*. Tommaso Jone nato e residente in Francia, vi muore ne' primi giorni dell'anno 12.

» La signora Thiot, sua zia materna, nella qualità di sola ed unica erede, vuole andare al possesso della di lui eredità.

» Murpharson, tutore provvisorio del defunto minore, vi si oppone. Si appoggia al fatto costante che in Inghilterra esistono degli eredi paterni i quali, conformemente alle leggi inglesi, escludono gli eredi materni; e si esibisce a provarlo mediante le vie di diritto.

» Per tal motivo, la signora Thiot non può esser messa in possesso di una eredità sulla quale non ha alcun diritto.

» Ma nel caso in cui il tribunale credesse di eccitare e promovere qualche dubbio sulla verità di fatto, fino all'acquisto della prova giudiziaria, dovrebbe almeno non accordare alla signora Thiot, che un possesso provvisorio, assoggettandola a comprovare in un inventario il valsente di una eredità, che ella sarà obbligata di restituire ben tosto.

» La signora Thiot pretendendosi sola ed unica erede, sosteneva, che essendosi aperta in Francia la eredità, doveva essere regolata dallo statuto francese, senza che si dovessero consultare le leggi inglesi per regolarne la devoluzione: che non si poteva ammettere la prova de' fatti allegati; i quali, anche nel caso che fossero costanti, non diminuirebbero i suoi diritti, pel motivo che i parenti di cui si parla, essendo sudditi di una potenza nemica, non hanno maggior diritto di succedere in Francia, di quel che ne avrebbe un francese di ereditare in Inghilterra. È questa la giusta reciprocità che esigono gli art. 11 e 726 del nuovo nostro codice.

» Quindi, unicamente perchè i fatti articolati non proverebbero cosa veruna, vi è luogo all'applicazione della massima, *frustra probatur quod non relevat*. Bisogna rigettarli, ed immettere la riclamante in possesso, senza assoggettarla alle formalità intralciate ed imbarazzanti, a cui si vuole assoggettarla.

» Il tribunale

» Facendo ragione sulla relazione rimessa all'udienza.

» Attesochè consta che la signora Thiot è zia naturale di Tommaso Jone, nato e defunto in Francia.

» Attesochè in questa qualità ella si pretende la sola presuntiva erede del detto minore.

» Attesochè la detta qualità l'è contrastata da Murpharson, precedentemente nominato tutore provvisorio del riferito minore, il quale Murpharson ha articolato, che esistono de' parenti paterni del ridetto minore, i quali secondo le leggi inglesi debbono adire la mentovata eredità, e sono i soli presuntivi eredi alla esclusione dei parenti materni.

» Considerando nondimeno che la misura provvisoria di far procedere ad un inventario, è conservatrice de' diritti di tutte le parti, che definitivamente saranno riconosciute essere presuntive eredi, e che non può in niun caso conferire alla signora Thiot maggiori diritti di quelli che le saranno acquistati dall'applicazione delle leggi che regoleranno i beni della eredità di cui si tratta.

» Il tribunale, rispetto al merito, rimanda le parti a provvedersi: e frattanto, quanto al presente, ordina, che si proceda ad un inventario ec. in presenza del C. Habelin il maggiore, notajo pubblico in Parigi, che il tribuna e nomina *ex officio*, ad effetto che invigili alla conservazione degli altri diritti spettanti a' presuntivi eredi, i quali si è detto che esistono: senza che la presenza del nominato notajo possa con tutto ciò pregiudicare ai diritti della signora Thiot.

Vedi *Dritti civili* §. 1.

» §. 11. Sono indegni di succedere, e come tali esclusi dalle successioni

» 1.° colui che fosse stato condannato per aver ucciso o tentato di uccidere il defunto:

» 2.° colui che avesse promosso contra il defunto un'accusa di delitto capitale:

» 3.° quegli che avesse costretto il testatore a disporre, mentre non voleva, o diversamente di quello che voleva:

» 4.° colui che avesse vietato con violenza al defunto di far testamento:

» 5.° l'erede in età maggiore che essendo consapevole della sua qualità di erede, ed informato della uccisione del defunto, non avrà denunziato alla giustizia

» entro sei mesi dal giorno della scienza, » eccetto quando il pubblico ministero abbia » di ufficio proceduto. *Art.* 648. *Leg. civ.*

Se il consumato o tentato omicido in persona del defunto sia non imputabile ne' termini dell' articolo 372 delle leggi penali, o sia involontario ne' termini dell' articolo 375, delle dette leggi, ovvero sia scusabile ne' termini dell' articolo 377 delle leggi stesse, in tutti questi casi ha luogo la indegnità di succedere?

Il primo caso incontra la negativa per le disposizioni contenute nel medesimo articolo in esame. Ivi si parla di *colui che è stato condannato per aver ucciso, o tentato di uccidere il defunto*; or l' indicato articolo 372 delle leggi penali tostocchè dispone che *non vi è reato quando l' omicidio è comandato dall' autorità legittima*, risulta che non vi è condanna; conseguentemente l' omicida non essendo condannato non si rende indegno di succedere.

Gli altri casi sembrano cadere in risoluzione opposta: l'omicidio involontario commesso per disaccortezza, imprudenza, disattenzione, o negligenza per l' articolo 375 delle leggi penali è punito con la prigionia dal secondo al terzo grado. Del pari è punito con diversi gradi di prigionia l' omicidio scusabile preveduto dall' articolo 377 delle stesse leggi penali. Quindi se in questi due casi vi è condanna, pare non potersi giudicare, che non vi è indegnità. È vero che in amendue la legge non ammette una volontà determinata di uccidere: dapoichè in rimontarsi alle cagioni prime sia dell' omicidio scusabile, sia dell' omicidio involontario, si rileva nel primo, che lo stesso ucciso ha dato motivo alla sua morte provocando contro di lui lo sdegno dell' uccisore; si rileva nel secondo, che il caso ha regolato il colpo micidiale per mano dell' omicida. Ma non può negarsi, che in amendue i casi si pronuncia una condanna; e sebbene sia questa relativa alla qualità del reato, che ammette dei riguardi innanzi alle legge, non cessa di esser sempre una pena. Difatti Voet portando anche una differenza tra l' omicidio legittimo, e l' omicidio scusabile per provocazione, vede nel primo non aver luogo la causa della indegnità, come lo vede nel secondo. *Si is qui testatorem occidit, justam atque legibus comprobatam habuerit occidendi causam, relictis indignus haud debet censeri, cum poena nulla esse debeat, ubi nulla culpa est: poenae vero species sit relictorum ademtio. Diversum esset, si quis aliqua quidem ratione provocatus, et impetu doloris justi tractus caedem fecisset; tunc enim extra culpam non est, nec extra poenam esse debet. Voet ad Pandectas. lib.* 34. *tit.* 9. *de his quae ut indignis. n.* 7.

Malgrado queste osservazioni Delvincourt colla *nota* 98. *al tit.* 3. *del suo corso del cod. civ. tomo* 4 porta contrario avviso. Egli crede che nel caso dell' omicidio scusabile » i giudici dovrebbero decidere a seconda delle circostanze, e della natura del fatto sul quale la scusa è fondata » nel caso poi dell' omicidio involontario conviene che » vi è sempre condanna: ma intanto siccome non vi è intenzione criminosa, crede che non vi è luogo a pronunziare la indegnità » Toullier siegue il medesimo parere *n.* 1071 *T.* 4. *Corso di dritto civile.*

Rispettiamo queste osservazioni. Ma la severa intelligenza che sembra doversi dare al premesso articolo 648 è poggiata su la niuna distinzione fatta dal legislatore su la specie. Anzi rimontando all' analisi delle indicate disposizioni, si riflette che improntato l' articolo nostro dall' articolo 727 del codice francese si sono ritenute le stesse parole del numero 1.° mentre si è ampliato l' articolo con altri numeri; il che fa conoscere non essersi voluto portare alcuna alterazione alla ipotesi della condanna. Abbiamo adunque un canone che definisce precisamente la semplice, ed assoluta circostanza della indegnità a succedere. Che se mai si volessero promuovere delle eccezioni, la malignità darebbe dei mezzi da far nascere quelle scuse, valevoli per legge a debilitare la gravità del reato, ed opportune a non escludere l'omicida dalla successione dell' ucciso.

È anche da considerarsi indegno a succedere colui, che per negligenza, e per colpa è causa della morte del defunto? Sul rescritto di Pio, Marziano decide per l' affermativa.

» Indignum esse Divus Pius illum decrevit (ut et Marcellus lib. 12. D. refert) qui manifestissime comprobatus est, id egisse: ut per negligentiam, et culpam sua mulier, et a qua heres institutus erat, moreretur. *L.* 3. *D. de his quibus ut indignis.*

Cujacio indica i modi di questa negligenza, e di questa colpa.

» Ostendit *L.* 3. hereditatem auferri quasi indigno ei cujus negligentia testator interiit, vel culpa. Justissima est indignationis statuendae ratio. Negligentia est, si infirmo testatori non adhibuit medicum. Culpa, si malum medicum adhibuit. Negligentia cum culpa conjungitur in §. *ult. de societate.* Alia igitur est culpa in faciendo, alia in non faciendo *L. si servum stipulatus fuero D. de verb. obl.* Idem multo magis, si dolo ejus interierit, vel si mortis causam praebuerit. Item si interierit testator forte medici dolo, inscientia, vel incuria, et heres non ulciscatur mortem testatoris: nam heres, qui non vindicat necem defuncti, indignus est. *Cujacii Comment. in tit.* 9. *de his quib. et. lib.* 34. *D. ad L.* 3.

Stabiliti i casi della indegnità che producono la esclusione dalle successioni, per la condanna di aver ucciso o tentato di uccidere il defunto, osserviamo inoltre con Toullier che » le lettere di grazia cancellano la pena del delitto, ma non già il delitto: esse non fanno cessare la indegnità.

» È lo stesso della prescrizione contra la pena pronunciata da un giudicato. Ma sarebbe altrimenti della prescrizione acquistata contra l'azione dopo dieci anni, senza che si sia fatto verun procedimento, a contare dal giorno in cui è stato commesso il delitto. Dopo questo termine l'azione pubblica, e l'azione civile sono estinte; conseguentemente la indegnità non potrà essere più pronunciata. *Toullier. Corso di dritto civ. vol.* 4. *n.* 107. *e* 108.

L'erede escluso da una succcessione può profittarne indirettamente? Per esempio: la successione di Tizio ucciso da suo fratello Sempronio, è passato col mezzo della indegnità di quest'ultimo a Scevola suo zio. Può egli raccogliendo successivamente l'eredità di questo zio, profittare de' beni del suo fratello che in essa vi trova?

» Questo caso, dicono gli autori delle pandette francesi, può accadere quando vi sono rescritti di grazia. Si trova in Brodeau sur Lavet lettera 5 n. 2. un decreto de'27 maggio 1621 che ha giudicato per l'affermativa. Ma si oppongono molti testi del dritto che appoggiano la negativa *L.* 134 §. 1. *D. de reg. jur. L. cum. ratio de bon. damn.* e se ne conchiude che l'omicida non può in alcun modo raccogliere i beni di colui della successione del quale è stato dichiarato indegno.

» Tale opinione non ci sembra ammisibile. La indegnità non è relativa che alla persona di colui della successione del quale si tratta. Ora non è a suo fratello nel nostro caso che Sempronio succede, ma a suo zio. I beni del fratello che si trovano in questa eredità sono i beni di suo zio, e non quelli del fratello: in conseguenza non vediamo alcun fondamento alla decisione proposta. *Osservaz. all' art.* 727. *del cod. civ.* »

Nel caso di più eredi la indegnità di un solo nuoce agli altri? Callistrato risponde negativamente.

» Si de pluribus heredibus, quibusdam invitis, aut ignorantibus, apertum erit testamentum: non amittunt portiones suas qui culpa carent. *L.* 27 *D. de Senatus cons. Syll. et Claud.*

Casus. Titius instituit sibi quatuor heredes, et postea fuit occisus: postea duo ex eis invitis, vel ignorantibus aliis aperuerunt testamentum; et adiverunt hereditatem ante quaestionem, et supplicium de familia habitum: certe illi duo tantum qui aperuerunt, et adiverunt, admittunt suam partem, et non alii. *Vivianus.*

Nel soggetto caso la porzione dell'indegno si accresce agli altri, avuto riguardo però al modo della istituzione; cioè sia che gli eredi vengano nominati insieme, sia che vengano nominati separatamente. La dottrina è dettata da Jaboleno.

» Heredes sine partibus, utrum conjunctim, an separatim scribantur, hoc interest: quod si quis ex conjunctis decesserit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet: sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes,,

portio ejus pertinet. *L.* 63. *D. de heredib. instit.*

» *Casus.* Institui mihi heredes, Titium, et Sejum, et Cajum, et Semproniuni, et Primum et Secundum, non nominando certas partes; et ita fuerunt re conjnncti. Ita tamen dixi in dicta institutione. Titium, et Sejum, et Cajum instituo mihi heredes: Sempronium instituo mihi heredem, Primum instituo mihi heredem, Secundum instituo mihi heredem, et sic omnes ut dixi fuerunt re conjuncti. Titius autem, et Sejus, et Cajus soli fuerunt conjuncti verbis; pone ergo quod Titius decessit antequam adiret hereditatem pro sua parte qui Titius erat conjunctus Sejo, et Cajo re, et verbis, ut dictum est, aliis autem non nisi re; certe pars Titii pertinet tantum ad Sejum, et Cajum, et non ad alios. Si autem decedat Sempronius, vel Primus, vel Secundus, qui verbis alicui conjuncti non erant, portio ejus pertinet ad omnes coheredes suos. *Vivianus.*

Vedi. *Diredazione* §. 1.

Il numero 2.° dell'articolo in esame rende l'accusa di delitto capitale promossa contra il defunto, come motivo d'indegnità a succedere. Per delitto capitale dee intendersi con Modestino quello che incontra la pena di morte: mentre la perdita totale della cittadinanza, secondo le nostre leggi penali corrisponde alla pena dell'ergastolo.

» Licet capitalis latine loquentibus omnis causa existimationis videatur; tamen appellatio capitalis, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est. *L.* 103. *D. de verb. signif.*

Quindi si osserva con Scevola che colui il quale accusa il testatore di un delitto capitale si dichiara evidentemente suo capitale nemico.

» Seja testamento suo legavit Titio auri pondo quinque: Titius accusavit eam quod patrem suum mandasset interficiendum. Seja post institutam accusationem codicillos confecit, nec ademit Titio privigno legatum, et ante finem accusationis decessit. Acta causa pronuntiatum est patrem Titii scelere Sejae non interemptum. Quaero, cum codicillis legatum, quod testamento Titio dederat non ademerit (*quia tacite videtur ademptum*) an ab heredibus Sejae Titio debeatur? respondit secundum ea quae proponerentur, non deberi. *L.* 31. §. *penult. D. de adim. vel trans. leg.*

» D'altronde osserva Maleville che per accusa capitale non dovesi intendere che quella quale potrebbe far soggiacere l'accusato alla pena di morte naturale o civile. L'accusa, che sortisse un effetto diverso, e in conseguenza meno grave non basterebbe ad escludere l'accusato, come indegno dalla successione.

» Il numero 3.° altro non fa, che rinovellare un punto antichissimo di legislazione, che si rinviene del pari e ne' libri del dritto romano e ne' codici de' barbari. Egli è vero però, che il nostro articolo si appaga della sola denuncia, mentre le passate leggi esigivano ancora, che si procedesse in giudizio per parte dell'erede. Questo divario nasce dalla maggior vigilanza che adopera la giustizia ne' moderni tempi, e dalla più accurata sua sopravveglianza.

» L'articolo non istabilisce verun termine alla denuncia (*Secondo il nostro art. n.* 5. *si è fissato il termine di sei mesi dal giorno della scienza*) e il rimette all'arbitrio del giudice. Ma se l'erede prendesse possesso de' beni del defunto, e trascurasse di denunciare l'omicida, il sostituito all'eredità in sua mancanza, che lo prevenisse e che lo citasse per farlo dichiarare indegno della successione, potrebbe giustamente privarlo della successione medesima.

» Le leggi romane noveravano cause ulteriori, in forza delle quali si veniva dichiarato indegno di succedere, a modo d'esempio: Se l'erede legittimo avesse impedito il defunto di far testamento *L.* 1. *D. si quis aliquem test.* Se avesse lacerato quello che il defunto avesse già fatto. *L.* 26 *D. ad leg. corn. de falsis.* Se avesse intentato contro di lui una quistione, che concernesse lo stato del medesimo, e per cui questo stato fosse in pericolo. *L.* 9 *de his quae ut indig.* Se avesse disposto de' beni del defunto, vivente costui, come fosse già suo erede *L.* 2. *cod.* Se avesse ricusato di redimerlo dalla cattività potendo farlo *auth. si captivi cod. de epi. et cler.* Se avesse trascurato di prendere cura di lui, mentre era attaccato dalla follia. *Auth.*

liberi cod. Se essendo tutore avesse sedotto la sua pupilla *L. 2, de his quae ut indig.*

» Ma per gravi che sieno queste cause fa d'uopo al dì d'oggi non porger mente, che a quelle che sono indicate nell' articolo. *Maleville. Osservazione all'articolo 727.*

Il num. 3.°, che dichiara indegno colui il quale abbia costretto il testatore a disporre, allorchè questi non voleva, o lo voleva diversamente, è uniforme al rescritto del imperatore Alessandro.

» Civili disceptationi crimen adjungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio quos uoluerit, scripsit heredes. *L. 1. cod. si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit.*

Cajus. Aliquem compulisti, ut te heredem institueret, et instituit qui te non instituisset, si liberi arbitrii fuisset, petis hereditatem a possidente; per hereditatis petitionem obiicit tibi adversarius quod testamentum non valuit, quia testatorem compulisti, ut se heredem instituent: an sis repellendus quaeritur? Responde quod sic, et quod dicit uoluerit, scilicet testator; alias est volnerit, scilicet qui compulit.»

Il num. 4.° comprende tra gl'indegni colui il quale vieta con violenza al defunto di far testamento: massima dettata dagl' imperatori Diocleziano, e Massimiano.

» Eos (*legitimos*) qui ne testamentum ordinaretur (*vel totum*, *vel in partem*) impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri, celeberimi juris est. *L. 2. cod. Si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit.*

Casus. Filius matri testari volenti impedimentum praestitit, quia coram testibus ei interdixit, ne testamentum faceret, nec fecit, an admittendus sit ad successionem quaeritur? Responde, quod non, quasi indignus. »

Li medesimi imperatori fanno d'altronde osservare che le persuazioni, ed i lusinghevoli discorsi, pei quali alcuno sia costretto, oppure venga impedito a disporre, non sono compresi tra i motivi della indegnità.

» Judicium uxoris postremum in se provocare maritali (*idest blando mariti sermone*) sermone non est criminosum. *L. 3. cod. Si quis aliquem testari prohibuerit.*

Casus. Si uxor tua quo magis bona sua mortis suae tempore tibi reliquisset, blanditus fueris, au quasi indignus repelleris, quaeritur? Responde quod non: videtur quod sic, quia forte alii bona sua reliquisset, et ita videtur impedita testari: contrarium tamen est verum. »

Il non denunziarsi alla giustizia la uccisione del defunto, secondo il n. 5, forma benanche per l'erede un motivo d'indegnità a succedere » Quando l'erede trascura questa vendetta, dicono gli autori delle pandette francesi, e non pensa che impadronirsi de' beni senza rendere al defunto que'doveri che giustamente gli competono, è dichiarato indegno e privo della successione.

» Fa d'uopo, come l'esprime la legge, ch'egli abbia avuto cognizione dell'omicidio, e questo è conforme a'principj del dritto naturale. Niuno può essere punito di una colpa involontaria. Se dunque l'erede essendo assente, e lontano, non è stato istruito della causa della morte del defunto, non gli si può fare un delitto della mancanza di non aver promossa l'istanza per vendicarla. Quest'articolo concepito da principio a questo riguardo in una maniera troppo generale è stato così rattificato secondo le osservazioni de'tribunali; ed è altresì conforme a'testi del dritto. *Si sciens*, dicono questi, *defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogatur L. 17. D. de his quib. ut indign.*

» Questa vendetta che la legge esige dell' omicidio del defunto, nulla ha di contrario ai principj del Cristianesimo; giacchè è conforme alla regola della giustizia, ed a' doveri che la stessa religione c' impone. È come dice la legge *debitum pietatis officium L. 1. cod. de his quae ut indign.* e secondo la riflessione di Dumoulin, la carità che lascia il misfatto impunito è un delitto, perchè è funesto al bene pubblico. *Non laudanda est sed vituperanda sive charitas, sive misericordia, quae sit in praejudicium boni publici. Ad L. ex parte D. fam. ercisc. Osservazione all'articolo 727 del cod. civ.*

» §. 12. La mancanza della denunzia non » può essere opposta agli ascendenti, e di» scendenti dell'uccisore, nè agli affini nello » stesso grado, nè al conjuge, nè a'fratelli

» o sorelle, zii, zie, o nipoti di lui. *Art.*
» 649. *Leg. civ.*

La mancanza della denuncia nelle offese tra congiunti, ed affini non costituisce motivo alcuno da promovere la causa della indegnità; anzi ogni legislazione ha vietata l'accusa del figlio contra il padre, ed ascendenti, del fratello contra il fratello per uno o per due lati.

Vedi *Azione penale* §. 1.

Questo articolo è solo relativo al caso, in cui alcuno di questi congiunti fosse istituito erede, ed altri volessero opporre la successione con questo mezzo.

» §. 13. L'erede, malgrado la incorsa in-
» degnità, può essere ammesso a succedere,
» quando il defunto espressamente lo avesse
» abilitato. *Art.* 650. *Leg. civ.*

Così Ulpiano.

» Quod si iterum in amicitiam redierit, et poenituerit testatorem prioris offensae, legatum, vel fideicommissum relictum redintegratur. Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. *L.* 4. *D. de adimen. vel transfer. leg.*

» §. 14. L'abilitazione suddetta non po-
» trà farsi che con un atto autentico, o con
» testamento fatto con piena libertà. *Art.*
» 651. *Leg. civ.*

Merlin osserva che » se la causa la quale rende l'erede indegno sia cessata, come nel caso delle ingiurie, che il testatore avesse perdonate, e delle inimicizie capitali alle quali fosse susseguita una riconciliazione sincera o apparente, in questo caso non vi sarebbe più causa d'indegnità, e colui che era stato indegno potrebbe succedere. *Repert. univers. let. indegnità n.* 16.

L'articolo riportato però esclude ogni pruova di dubbia riconciliazione. Essendosi disposto che l'abilitazione debba farsi con atto autentico o con testamento, ma con piena libertà, si è inteso in cotal modo riguardare il disponente in uno stato perfetto di libera, e decisa elezione, allorchè dichiara in termini espressi di esser dimentico di ogn' ingiuria che gli si fosse fatto da colui che nomina suo erede.

» §. 15. L'erede escluso come indegno
» dalla successione è obbligato a restituire
» tutti i frutti, e rendite, delle quali avesse
» goduto dopo essersi aperta la successione.
» *Art.* 652. *Leg. civ.*

Gl'imperatori Severo, ed Antonino rescrissero, che l'erede il quale non vendicò la morte del defunto, convinto perciò di negligenza dopo essersi messo in possesso dell' eredità, è obbligato di restituire l'eredità medesima a chi di dritto è chiamato a succedere allo stesso testatore, e di restituire nell'atto stesso i frutti percepiti come possessore di mala fede.

» Heredes quos necem testatoris inultam (*ulcisci enim debet ab heredibus accusando homicidam*) omisisse constiterit, fructus integros cogantur reddere. Neque enim bonae fidei possessores ante controversiam illatam videntur fuisse, qui debitum officium (*idest vindictam sui praedecessoris*) pietatis sciens (*idest scientia inducit malam fidem*) omiserunt.

» Ex hereditate autem rerum distractarum, vel a debitoribus acceptae pecuniae post motam (*immo post quamlibet moram*) litem bonorum, usuras inserant, quod in fructibus (*idest pretio fructuum, et sic in quolibet, qui petitione hereditatis tenetur*) quoque locum habere, quos in praediis hereditariis inventos, aut exinde perceptos vendiderint, proculdubio est. Usuras autem semisses (*idest decem de viginti solidis in anno*) dependere satis est. *L.* 1. *Cod. de iis quibus ut indignis hereditates auferuntur.*

Casus. Si testator interfectus, te heredem instituit, nec interfectorem accusasti, quod facere debuisti, fructus quos ex hereditate percepisti, fisco tanquam indignus reddere compelleris. Si autem res hereditarias distraxisti, earum pretium cum usuris, et pecuniam a debitoribus hereditariis exactas inferre debes; et hoc in secunda. Si autem fructus in praediis hereditariis invenisti, vel inde percepisti, et eos distraxisti, usuras dependere debes, sed quas quaeritur? responde quod semisses, quae aequiparantur sorti intra duos annos, puta decem in annum. »

In riguardo agl'interessi dei quali fa parola la seconda parte di questa legge Cujacio dichiara, che sono essi dovuti dopo il giudizio istituito: quindi distingue nella soggetta specie i frutti dagl' interessi.

» Qui sciebat necatum fuisse testatorem a quo hereditatem accepit, atque ita malae fidei possessor omisit vindictam testatoris, et ex venditione rerum hereditariarum, vel ex venditione fructuum inventorum in hereditate, aut fructuum a se perceptorum ex corporibus hereditariis, ex rebus hereditariis pecuniam redegit, vel etiam a debitoribus hereditariis pecuniam accepit, an fisco debeat restituere, sive praestare ejus pecuniae usuras, quod dicantur usuras esse vice fructuum ex quo die, si debet usuras inferre, eas infert? et mirum est quod ait haec lex eum tantum debere usuras post motam controversiam ejus pecuniae, quam redegit ex venditione, vel quam accepit a debitoribus hereditariis post motam controversiam. Atque ita manifesto statuit haec lex differentiam inter fructus, et usuras, nam restituit heres qui non ignoravit caedem defuncti, nec eam ultus est, fructus etiam perceptos ante motam a fisco bonorum controversiam; usuras autem pecuniarum post motam controversiam, et est sane in re ipsa magnum discrimen inter fructus, et usuras. Nam fructus natura proveniunt ex ipso corpore hereditario, usura non ita, sed ex jure, et obligatione, ex stipulatione. *L. si navis. D. de rei vindic.* et inde existunt aliae differentiae inter fructus, et usuras: nam malae fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, non de usuris percipiendis, sed de perceptis duntaxat. Item novatio obligationis non perimit fructuum persequutionem, qui ante, vel post novationem percepti sunt, et perimit tamen usurarum petitionem *L. 4. D. de usuris.* Item in bonae fidei judiciis usurae veniunt ex mora demum, fructus etiam ante moram *L. videmus §. pen. de usuris* Et ita non mirum est si haec lex 1. et quartam differentiam constituet inter fructus, et usuras: verum inde nascitur magna quaestio, quod in hac parte de usuris praestandis, idem jus haec lex faciat in malae fidei possessore de quo loquitur, et bonae fidei possessore, ut usuras malae fidei possessor non inferat, nisi pecuniae redactae sint post motam controversiam. *Cujacii Comment. in tit. 35. de his quibus etc. lib. 6. codicis.*

» Riflettiamo primieramente, dicono gli autori delle pandette francesi, che da quest' articolo deriva che l'erede indegno è già possessore della successione; e che sino alla sentenza che lo dichiara indegno egli può mettersi in possesso, e godere de' beni. Dopo questa sentenza che lo pronunzia tale, egli dee restituire i beni con tutti i frutti e le rendite che ha potuto percepire.

» Questa disposizione è conforme al testo del dritto che attribuiva alla indegnità anche un effetto retroattivo, e decideva che l'erede indegno non doveva ritrarre alcun emolumento dalla successione che non avea meritata.

» Da ciò ne siegue che tutti gli atti di disposizione che l'indegno ha potuto fare nel tempo intermedio, sono nulli; che le ipoteche ed altre gravezze delle quali avesse potuto gravare i beni, svaniscono; e che colui al quale per motivo della indegnità si trovano devoluti i beni, può rivendicare le cose ereditarie, che l'indegno avesse potuto alienare.

» In vano si opporrebbe che essendo stato possessore della proprietà, egli abbia potuto trasferirla, impegnarla, o gravarla. Noi risponderemmo ch' egli non è stato possessore che di una proprietà risolvibile; che questa risoluzione provenendo dalla dichiarazione della indegnità, si trova non essere mai stato proprietario; che l' erede chiamato in luogo suo si reputa che abbia immediatamente succeduto al defunto; e per conseguenza che tutti gli atti che ha potuto fare l'indegno, svaniscono colla sua proprietà, secondo la regola *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

» Che sarà se l'indegno muore prima che sia dichiarato tale? trasmetterà? si potrà farlo giudicare col suo erede?

» La risposta è nel principio che i delitti e le accuse si cancellano, e si estinguono colla morte dell'accusato prima della condanna.

» La indegnità non s'incorre *ipso jure*. Essa debb'essere pronunziata. Dunque se colui contra il quale è domandata, muore prima della sentenza, e con più forte ragione se muore avanti la domanda, la indegnità si cancella, e si distrugge, e la trasmissione rimane irrevocabile. *Osservazione all' art. 729. del cod. civ.*

» Questo articolo, riflette poi Maleville, da' a divedere che l' indegno non è escluso

di dritto dalla successione, ma che ci bisogna un atto per espellerlo; d'onde ne segue che le alienazioni fatte da lui per avventura in favore di coloro che trovansi in buona fede, sino alla dichiarazione della di lui indegnità, son valide, potendo però ricorrere contro al medesimo li veri eredi della di lui successione. *Maleville. Osservazione all' art.* 729. *del cod. civ.*

» §. 16. Ai figli dell' indegno non è di » ostacolo la qualità del loro padre, sia che » succedano di proprio dritto, sia che per » succedere abbiano bisogno di rappresentare » il grado dell' indegno.

» Ma il padre non potrà in niun caso pre» tendere su tale eredità l' usufrutto che la » legge accorda a' genitori su' beni de' loro » figli. *Art.* 653. *Leg. civ.*

Dal responso di Ulpiano si ha egualmente, che decaduto il figlio dalla successione, il nipote succede in luogo del padre.

» Si qua poena pater fuerit affectus, ut vel civitatem amittat, vel servus poenae efficiatur, sine dubio nepos filii loco succedit. *L.* 7. *D. de iis, qui sui vel al. jur.*

Casus. Filium habebam, et ex eo nepotem: filius meus deportatus fuit, vel aliter amisit civitatem; nepos meus est in loco filii mei jam mortui. *Vivianus.*

» Le colpe sono personali, diceva il tribuno Simeon. La indegnità del padre non nuocerà perciò a suoi figli, se possono aspirare per la propria persona alla successione, e senza rappresentarvi il suo odioso capo; ma la giustizia che ancora lor viene accordata non gli gioverà. Egli non potrebbe pretendere, in virtù della sua patria potestà alcun usufrutto su i beni di questa successione, dalla quale ha meritato di essere immediatamente escluso. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. n.* 54.

Dei diversi ordini di successione

» §. 17. La successione legittima sarà de» ferita a' figli o à discendenti del defunto, » agli ascendenti ed à collaterali del medesi» mo, nell'ordine, e secondo le regole deter» minate qui appresso. *Art.* 654. *Leg. civ.*

» Quando l' epoca dell' apertura delle successioni è conosciuta o fissata dalla legge » dice diligentemente Chabot dell' Allier » si tratta d' investigare quali siano in quest' epoca gli eredi legittimi, e quali qualità aver dovevano per succedere.

» La legge non può ad evidenza riconoscere altri eredi legittimi, che i parenti del defunto per li beni di cui egli non ha disposto. Ripugnerebbe alla ragione che quella preferisse i stranieri ai parenti. Le famiglie sono le prime società che abbia la natura formate tra gli uomini. Sono esse la sorgente, e la base della gran società civile. Si trova dunque nell' interesse dell' ordine sociale di rispettare i vincoli, che i membri uniscono delle famiglie, di fortificarli, estenderli; e 'l più sicuro mezzo a questo riguardo è di stabilire la capacità di succedere tra parenti.

» Qui la legge d'altronde non avendo altro dovere da disimpegnare, se non di supplire alla volontà dell' uomo morto senza che fosse espressa, regolar dee la trasmissione de' suoi beni, come è presumibile, che ne avesse egli stesso disposto. Ella dar gli dee per eredi quelli che sarebbero stati il soggetto della sua propria elezione; e dee naturalmente supporsi, che avrebbe scelti i suoi proprj parenti, allorchè non ha manifestata volontà contraria, dovendo presumersi che avrebbe avuta maggiore affezione per li suoi parenti che per gli estranei. *Esposizione dei motivi sul cod. civ. n.* 53.

» §. 18. La legge nel regolare la succes» sione riguarda la prerogativa della linea » ne' modi, e casi espressi in seguito, e la » prossimità della parentela. Non attende l' o» rigine de' beni se non ne' casi espressi ne» gli articoli 670 e 681. *Art.* 655. *Leg.* » *civ.*

Su la denominazione di *parentela* osserviamo con Cajo, che per parenti sono considerati non solo il padre, l' avo, ed il proavo, ma anche la madre, l'ava, la proava.

» Appellatione parentis non tantum pater, sed etiam avus et proavus, et deinceps omnes superiores continentur; sed et mater, et avia, et proavia. *L.* 51. *D. de verb. signif.*

D' altronde i romani, al dir di Paolo, denominavano *parenti* propriamente gli ascendenti sino al tritavo, gli altri al di là privi

di un nome speciale si chiamavano *maggiori*.

» Parentes apud romanos usque ad tritavum proprio vocabulo nominantur; ulteriores, qui non habent speciale nomen, majores appellantur. *L.* 10. §. 3. *D. de gradibus, et adfinibus.*

La linea, e la prossimità della parentela sono i modi pei quali la successione vien regolata, senza rimontarsi alla qualità de'beni sieno questi materni sieno paterni. Questa regola generale soffre però due eccezioni. La prima è la successione, che per l'articolo 670. (§. 32) vien concessa agli ascendenti esclusivamente nelle cose da essi date in dote alle loro figlie, e discendenti, o donate ai loro figli o discendenti morti senza prole: la seconda è per l'articolo, 681 (41) il passaggio dei beni ricevuti dal figlio naturale ai fratelli ed alle sorelle legittimi e loro discendenti, quando sieno premorti a lui il padre, e la madre, e quando questi beni si trovino in ispecie nella di lui eredità.

» Quindi, dice Delvicourt, è abrogata la regola *paterna paternis, materna maternis.* Per altro si è conservata, come si vede nelle successioni diverse da quelli de'discendenti, e de'fratelli in certi casi, la divisione tra la linea paterna, e la materna; ma questa differisce dall'antico dritto in ciò che la precitata regola aveva unicamente per oggetto la conservazione de'beni nelle famiglie; in conseguenza i parenti paterni non potevano reclamare che i proprj beni paterni; vale a dire i beni provegnenti della successione del padre e de'parenti paterni, ed i parenti materni quelli che erano proprj materni. Attualmente quando tutti i beni fossero proprj paterni o proprj materni, o anche tutti acquisti riuniti nella persona del defunto, la successione non si dividerebbe meno in due parti, delle quali l'una per l'erede il più prossimo della linea paterna, e l'altra per l'erede il più prossimo della linea materna. Questa maniera di dividere è molto semplice e più facile nella prattica; e bisogna confessare che sia un grande vantaggio che compensa i leggieri inconvenienti di cui può essere suscettibile.

» La regola che vuole non aversi alcun riguardo all'origine de' beni va soggetta a due eccezioni: la prima intorno ai beni compresi in un majorasco, e la seconda ai beni donati da un ascendente ad un discendente che viene a morire senza prole. *Delvincourt. Cordi cod. civ. Vol.* 4 *nota* 36. *al tit.* 3.

Nella causa del marchese di Ducenta D. Nicola Folgori col principe di Monteroduni D. Luigi Pignatelli, la suprema corte di giustizia decise a 14 giugno 1826, che dato il patto di Capuana, e Nido stipulato sotto l'impero delle leggi antiche, i parenti del lato materno non possono essere totalmente esclusi dai beni pervenuti dal lato paterno. Della lunga decisione, nel momento non ancora pubblicata, riportiamo solo il semplice fatto, che riguarda la proposta questione, e le considerazioni corrispondenti.

» *Fatto.* Nel dì 26 marzo 1795 furono stipulati i capitoli matrimoniali tra il marchese di Ducenta D. Ferdinando Folgori, e la signora D. Marianna Pignatelli. I contraenti si espressero nel seguente modo.

»» Detti eccellentissimi sig. fanno gl'infrascritti capitoli, patti, e convenzioni sopra il felicissimo matrimonio, che colla grazia di Dio si avrà da contrarre tra detti sig. marchese D. Ferdinando, e D. Marianna Pignatelli, secondo l'uso, e costume delle nobili piazze, e sedili di Capuana e Nido di questa Città di Napoli, comunemente detto *alla nuova maniera*, secondo il quale predetto uso s'intendano anche fatti li presenti capitoli, patti, e convenzioni, e si abbiano in essi capitoli per iscritti da parola a parola tutti li patti, condizioni, e rinunzia solite apponersi secondo il predetto uso di dette piazze di Capuana, e Nido di questa città detto *alla nuova maniera*, dichiarando esse signore parti di essere appieno informate di detto uso, ed a quello anche per patto speciale si sottomettono espressamente. »»

E più oltre.

»» Il tutto a tenore dell'uso delle dette nobili piazze di Capuana, e Nido di questa città di Napoli detto *alla nuova maniera*, al quale suddetto uso esse signore parti si assoggettano anche *in vim pacti*, colla rinunzia dell'una e dell'altra parte alla futura successione de'figli che morissero *in pupillare ac-*

tate ovvero *ab intestato quandocunque* senza figli legittimi e naturali, e con altri patti soliti apponersi in detto nuovo uso, quali si abbiano *de verbo ad verbum* per inseriti nelli presenti capitoli, dichiarando esse signore parti di essere appieno informate dell' uso predetto e suoi effetti.

» Il suddetto marchese D. Ferdinando Folgori nel dì 26 marzo 1801 fece il suo testamento, e tra le altre disposizioni ci fu la seguente.

»» E quando avvenisse il caso, che non esistessero ne' figli, nè figlie, da me procreati dal presente matrimonio, o che morissero *in pupillari aetate ab intestato*, istituisco detta marchesa D. Marianna mia dilettissima moglie, guardando però il letto vedovile, erede usufruttuaria di tutti i miei beni, che per qualunque titolo, o ragione, a me si appartengono, o possono appartenere, dopo la morte della quale, o nel caso che la medesima passasse a seconde nozze, voglio che in detta mia eredità e beni succeda, e debba succedere il mio fratello capitano D. Nicola Fulgori, e suoi figli, e discendenti maschi legittimi e naturali da primogenito in primogenito *in perpetuum et infinitum ec.*

» Nei dì 27 febbrajo 1810 morì il marchese D. Ferdinando lasciando suo figlio D. Salvatore dell'età di circa anni cinque. A' 20 dicembre 1821 cessò di vivere la marchesa di Ducenta, ed in novembre dell' anno seguente 1822 morì anche D. Salvatore.

» Con atto di citazione del dì 11 dicembre dello stesso anno 1822 la duchessa di Caccuri D. Rachele Folgori dimandò che il tribunale civile di Napoli a termini dell' art. 673 delle leggi civ. avesse dichiarata aperta *ab intestato* la successione del defunto marchese di Ducenta D. Salvatore Folgori, ed in conseguenza le avesse accordato il diritto di succedere al pari degli altri zii, che si ritrovano in grado eguale, e non esclusi per legge o per ragione di valido contratto familiare. E che a tenore degli art. 734 e seguenti delle suddette leggi, lo stesso tribunale avesse ordinata la divisione de' beni ereditarj, prelevando, o riservando a favore di essa signora duchessa alcuni suoi diritti, che venne ad indicare.

» Con altro atto dello stesso giorno 11 dicembre i signori principe di Monteroduni D. Luigi, cavalier D. Michele, canonico D. Palamede, e D. Maria Domenica Pignatelli, e duchessa di Laurito, domandarono presso lo stesso tribunale, che la successione intestata del defunto D. Salvatore dovesse dichiararsi aperta in favore de' suoi zii, e zie; che fra questi dovessero essere ammessi a succedere non soli gli stessi signori Pignatelli, ed ogni altro, che avesse lo stesso grado di congiunzione, ma ancora i signori D. Ferdinando Pignatelli chierico Teatino, e D. Maria Vittoria, e D. Ippolita Pignatelli religiose professe, addicendosi le loro parti ad essi attori rappresentanti il loro rinunciatario principe D. Giovanni comun genitore: e di procedersi colle formalità volute dalla legge alla dicisione di cui si tratta.

» Il marchese D. Nicola Folgori con atti di citazione del dì 18 dello stesso mese di dicembre domandò l' eredità di D. Salvatore in virtù del testamento a costui fatto dal padre D. Ferdinando; e di rigettarsi in conseguenza le domande fatte dai voluti successibili del lato paterno, e materno.

» D'altronde D. Francesco Folgori con citazione del dì 18 gennaro 1823 chiese che si fosse esclusa la sostituzione pupillare; che si fossero anche esclusi i congiunti del lato materno in virtù de' patti stipulati dal loro autore; e che qualora costoro non potesssero essere esclusi, dovevano esserlo le monache, ed il monaco, che trovansi nello stato di volontaria incapacità.

» Il tribunale con sentenza de' 18 aprile dello stesso anno 1823 rigettò la domanda dell'attuale marchese di Ducenta per la pretesa sostituzione pupillare; rigettò ancora le eccezioni de' zii paterni dello stesso defunto marchesino D. Salvatore, dirette a sostenere la esecuzione del patto di Capuana e Nido contenuto ne' capitoli matrimoniali del 1795. Quindi dichiarò aperta *ab intestato* la successione ansidetta a prò di tutti i zii, così del lato paterno che materno, e diede le corrispondenti disposizioni per la divisione de' beni.

» Contro di questa sentenza D. Nicola Folgori produsse appello. Ne appellò parzialmente la duchessa D. Rachele Folgori e sostenen-

do la esclusione della dedotta sostituzione pupillare, si dolse di quella del patto di ritornò. Ne appellarono anche parzialmente i signor Pignatelli, domandando la rivoca di quella parte della sentenza suddetta portante la esclusione de' claustrali. Finalmente produsse appello anche parziale D. Francesco Folgori sostenendo la efficacia del patto di Capuana, e Nido: patto stipulato sotto l'impero delle vecchie leggi, pel cui effetto i parenti del lato materno dovevano essere totalmente esclusi da' beni pervenuti al defunto D. Salvatore dal lato paterno.

» La gran corte civile con decisione de' 20 settembre dello stesso anno 1823 pronunziando sugli appelli principale e parziali rispettivamente prodotti dalle parti ansidette, rigettò tutti gli appelli enunciati, ed ordinò che la sentenza appellata avesse il suo vigore ed effetto.

» Il marchese D. Nicola Folgori dimandò l'annullamento di tal decisione con ricorso alla corte suprema di giustizia.

» I signori D. Francesco e D. Rachele Folgori domandarono anch' essi con separati ricorsi di annullarsi l' additata decisione unicamente per quella parte, con cui fu dichiarato inefficace il patto di Capuana e Nido.

» La corte suprema con decisione de' 22 aprile 1824 rigettò il ricorso del marchese D. Nicola, per la parte riguardante la sostituzione pupillare; facendo poi diritto al ricorso stesso, ed a quei di D. Francesco, e D. Rachele in quanto al patto di Capuana, e Nido, annullò la parte della impugnata decisione relativa al patto suddetto. Quindi rimettendo le cose nello stesso stato in cui erano prima che la detta decisione si pronunziasse, rinviò la causa per la parte annullata alla stessa gran corte civile di Napoli in altra camera.

» Ritornate le parti alla gran corte civile, questa con decisione de' 25 aprile 1825 rigettò di nuovo gli appelli, e confermò la sentenza de' 18 aprile 1823.

» Nuovi ricorsi de' zii paterni del marchesino di Ducenta diretti a sostenere la efficacia del patto di Capuana e Nido.

» Udito il rapporto ec.

» La suprema corte di giustizia deliberando ec.

» Sù mezzi di annullamento appartenenti al merito

» Ha considerato

» Che l'uso di Capuana e Nido, stipulato nelle tavole nuziali del 1795. tra' conjugi D. Ferdinando Folgori, marchese di Ducenta, e D. Marianna Pignatelli de' principi di Monteroduni, la morte del primo avvenuta nel 1810; della seconda nel 1821 e quella dell' unico di loro figlio D. Salvatore nel 1822 in minoretà, sono i soli elementi di fatto della controversia.

» Che il definire l'indole del cennato uso, ridotto in patto, nel rapporto del passaggio dall' antico al novello ordine di succedere, costituisce i naturali e semplici confini della contestazione.

» Che all' uopo è necessario premettere, che i principj generali che regolavano l'abolito sistema di succedere consuetudinario, erano la origine de' beni e la prerogativa della linea: che indi i patrimonj non si confondevano: che non succedevano i prossimi in grado al defunto, ma i prossimi a colui, onde i beni al defunto erano pervenuti: e, che perciò i beni non mai confusi, per virtù della legge, ritornavano alle linee onde erano partite: *paterna paternis*, *materna maternis*.

» Che per canone di giurisprudenza, lo scopo di tali principj mancava nelle successioni intestate, *patre vel matre in medio existente*.

» Che per estendere il potere della consuetudine *si quis vel si qua*, anche nel caso enunciato, cominciò ad usarsi nè contratti, dalla curia di Capuana, e Nido, l' uso suddetto, divenuto coll' andar del tempo patto di uso, sanzionato finalmente nel 1505 da Ferdinando il Cattolico.

» Che dalla formola di tale uso, inserita da Matteo degli Afflitti nella decisione 237. è chiaro lo scorgere in esso due disposizioni, l' una relativa alla restituzion delle doti, l' altra alla succesione ne' beni de' figli.

» Che in quanto alla prima, nel prevedersi tre casi, de' quali non occorre far qui parola, si usano l' espressioni: *restituantur*; *restitutio fiat....* abbiano o no i figli adita la eredità: *adita hereditate, vel non adita per eos.*

» Che per ciò che appartiene alla succes-

sione ne' beni de' figli, si figura il caso della morte del marito, superstite la moglie, ed i figli, e della morte poscia di costoro in età pupillare, o in ogni tempo *ab intestato*, e senza legittima prole: che in tal caso stabilisce, che nè la moglie, nè la madre di lei, nè i di lei eredi, e nè successor qualunque, derivante da materna linea, acquistino diritto alcuno, per ragion di successione: e che in ciò l'espressioni usate, sono le seguenti *nullum jus eidem uxori, seu matri suae, et suis heredibus, et successoribus, ex materna linea, ratione successionis debeatur... nec ei succedere debeant.... nec ipsa uxor succedere debeat quoquomodo.*

» Che la formola termina colle parole che seguono: *et sic partes ad invicem renunciaverunt per stipulationem.*

» Che indi chiara diviene la definizione data di questo uso dagli scrittori del nostro foro: *novus usus nihil aliud introduxit nisi renunciationem parentum, omnino abdicativam et extintivam, relinquens successionem in beneficium eorum quos consuetudo si quis vel si qua vocat.*

» Che perciò la forza di esso consisteva in una rinuncia vicendevole, onde i genitori non si riputavano *in medio*, nelle intestate successioni de' loro figli.

» Che i principj inconcussi di diritto, di non darsi, cioè, successione di uom vivente, di non acquistarsi successione che non sia prima deferita, e di non deferirsi eredità o diritto a chi più non esiste, diedero luogo sul proposito di tale rinuncia, alla massima di esservi alla stessa sempre inerente la condizione, *si renuncians supervixerit, et hereditas deferatur.*

» Che di qui la giurisprudenza più costantemente seguita nell'antico nostro foro, di svanire, cioè, la forza di tal patto colla premorienza de' genitori rinuncianti:

» Che prescindendo dal valore di tale giurisprudenza e de' canoni di diritto che ne formano la base, comunque vogliasi ravvisar tale uso, ridotto in patto, vale a dire o sotto l'aspetto di pedissequo della cennata consuetudine *si quis vel si qua*, o sotto quello di patto o di consuetudine, per se esistente, gli effetti eran sempre quelli, di non confondere i patrimonj; di far seguire a' beni un ordine di successione distinto da' beni proprj del defunto, e di non dar luogo a diritto di accrescere.

» Che dall'altro lato è incontrastabile che senza gratuito trasferimento della proprietà di una cosa non può darsi patto di riversione: e che in ciò sono di accordo i principj delle antiche e delle leggi in vigore: articolo 875 876 877 *leg. civ. L.* 2. *Cod. de donat. quae sub modo.*

» Che dalle cose di sopra stabilite segue

» 1.° Che i principj regolatori delle rinuncie differiscono da quelli delle riversioni quanto il negativo dal positivo:

» 2.° Che la lettera e lo spirito dell'uso di Capuana, e Nido, comunque nelle restituzioni delle doti, possa, sotto qualche aspetto, prestarsi alla idea di un patto di ritorno, pur tuttavolta esclude affatto tale idea nella successione a' beni de' figli:

» 3.° Che nella specie la premorienza de' genitori al figlio, avrebbe resa vana la forza del patto:

» 4.° Che supposta anche disputabile tale dottrina, non seguirebbe indi che la gran corte per l'adottato principio, fosse soggetta a censura:

» 5.° Che dagli esposti caratteri di tale patto, non si può in conto veruno dubitare che appartenga alla classe de' patti successorj:

» 6.° Che le idee suscitate di patti di riversione, di dominio avocabile, di condizioni inerenti a' beni, non sono che le diverse sembianze di un patto successorio, avvalorato dall' abolito sistema di succedere consuetudinario:

» 7.° E che il voler queste piegare alle idee de' ricorrenti, è lo stesso, che, sull' appoggio di lontane ed apparenti analogie, trasportare gli effetti di un' ordine successorio, nel campo de' contratti e delle condizioni, e confondere i principj dell' una e dell' altra materia.

» Ha inoltre considerato che ritenuto come successorio il patto di Capuana e Nido, la quistione si riduce in ultimo termine a conoscere, se dalla sua stipulazione derivi o no un diritto acquistato: e che per l'oggetto fa mestieri por mente a' seguenti principj.

» Che le successioni prendano forma dalla legge e non da' patti de' privati; e che sieno sempre regolate da quelle leggi che imperano all'epoca in cui si deferiscono, sono assiomi legali.

» Che indi la massima, che ogni diritto e modo di succedere, è costantemente regolato dalla legge in vigore, all'epoca dell'aperta successione.

» Che alla morte di D. Ferdinando Folgori marchese di Ducenta, avvenuta nel 1810 erano già state abolite le consuetudini generali e locali; e che dall'abolito cod. civ. erasi già sanzionato il principio, che la legge non considera nelle successioni, nè la natura nè la origine de' beni: articolo 732 cod. civile.

» Che nel 1822, epoca della morte del minore D. Salvatore Folgori, marchesino di Ducenta, il codice per lo regno delle due Sicilie pubblicato fin dal 1819 nel ripetere l'abolizione delle consuetudini di Napoli generali e locali, nelle materie che andavano a formare oggetto delle disposizioni contenute nelle novelle leggi civili, proclamò la stessa massima testè cennata, vale a dire, che la legge nelle successioni non riconosce origine e distinzioni di beni: articolo 655 leg. civili.

» Che la materia delle successioni intestate fu sotto tutt' i rapporti definita; e che nella specie di cui si tratta l'articolo 673 leg. civ. dispose: » in mancanza di figli e di discendenti, di fratelli e di sorelle, e di loro discendenti, la successione apparterrà agli zii ed alle zie, e quindi al collaterale più prossimo in qualunque linea si trovino. »

» Che acquistato si chiama soltanto quel diritto, la perfezion di cui non dipende da futuro avvenimento.

» Che le teorie su questa materia, figlie delle disposizioni della legge 85. §. 1. *D. de reg. jur.* sono dal Gotofredo con precisione e chiarezza sviluppate nè seguenti termini: *quae ex praesenti vires capiunt, quaeque non tantum ab initio constiterunt, verum etiam utiliter constituta sunt, quorum quae dies utiliter ante casum existentem cessit, ea durant, et si casus extiterit, a quo initium capere non possunt. Quae ex praesenti vires non ceperunt, vel quamnis constant non tamen costituta sunt, ante casum existentem, denique quorum dies nondum cessit, ea evanescunt, emergente casu a quo initium capere non potuerunt.*

» Che qualunque sia la natura di tali diritti, cede alla forza del cangiamento delle cose e delle persone.

» Che di qui la massima che ogni diritto a succedere divien perfetto al momento in cui si apre la successione, ed ove le leggi regolatrici di queste sieno in armonia con quelle che lo videro nascere.

» Che da tali principj deriva:

» 1.° Che all'epoca in cui si aprì la successione di cui si tratta, la legge non riconosceva più origine, distinzion di beni, e privilegj di persone e di linee:

» 2.° Che perciò il diritto in esame comunque sul nascere ebbe consistenza, ritrovò tuttavolta nel consumarsi la resistenza delle novelle leggi successorie, e del cangiamento delle cose e delle persone; e che perciò rimase di niun vigore.

» Ha finalmente considerato, che ritenuti i principj di sopra esposti, i motivi di annullamento sul merito, non trovano appoggio nelle massime più sicure della legge.

» Rigetta i ricorsi.

» §. 19. La prossimità della parentela si
» determina dal numero delle generazioni:
» ciascuna generazione forma un grado. *Art.*
» 656. *Leg. civ.*

Paolo prende la denominazione di *grado* dalla somiglianza delle scale, e dai luoghi proclivi.

» Gradus autem dicti sunt a similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum idest in eum qui quasi ex eo nascitur, transeamus. *L. 10. §. 10. D. de gradibus et adfinibus.*

» §. 20. La serie de' gradi forma la *linea*,
» Si chiama *linea retta* la serie de' gradi tra
» le persone che discendono l'una dall'altra:
» *linea trasversale* la serie de' gradi tra per-
» sone che non discendono le une dalle al-
» tre, ma che discendono da uno stipite co-
» mune.

» Si distingue la linea *retta* in linea *di-*
» *scendentale*, e linea *ascendentale*.

» La prima lega lo stipite con quelli che

» discendono dal medesimo; la seconda lega una persona a coloro da' quali essa discende. *Art.* 657. *Leg. civ.*

Cajo distingueva i gradi di cognazione, secondo la qualità della cognazione stessa, cioè superiore, inferiore, e trasversale.

» Gradus cognationis alii superioris ordinis sunt, alii inferioris, alii ex trasverso sive a latere = Seperioris ordinis sunt, parentes: inferioris, liberi: ex transverso sive a latere, fratres et sorores, liberique eorum *L.* 1. *D. de gradibus.*

Più precisamente Giustiniano espone questa distinzione dei gradi. Comprende nella cognazione superiore il padre, l'avo ec. nella inferiore i figli; nella trasversale i fratelli, sorelle, e loro discendenti.

» Hoc loco necessarium est exponere quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quae etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum, inferior liberorum, ex tranverso fratrum, sororumve, et eorum qui, quaeve ex his generantur; et convenienter patrui, amitae, avunculi, materterae. Et superior quidem, et inferior cognatio a primo gradu incipit: at ea quae ex transverso numeratur, a secundo, (*Sed quare non a primo? risponde: cum ego patri meo sim in uno gradu, et ipse pater fratri meo in alio, sumus ergo in duobus gradibus ego cum fratre facto ascensu ad patrem, quasi per quendam gradum ut D. eod. L. jurisconsultus* §. *gradus. sed nullus ex transverso proximior fratre invenitur: ergo non potest inveniri primus gradus a latere*).

» Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia.

» Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos neptis: ex transverso frater, soror.

» Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris, sororisque filius, filia; et convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est frater patris. Avunculus est frater matris. Amita est patris soror. Matertera vero matris soror.

» Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos abneptis: ex transverso fratris, sororisque nepos neptisve, et convenienter patruus magnus, amita magna, idest avi frater, et soror; item avunculus magnus, et matertera magna, idest aviae frater, et soror: consobrinus consobrina, idest qui quaeve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidem recte consobrinos eos proprie dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiae nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre, et sorore progenerantur, amitinos proprie dici putant. Amitae tuae filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos.

» Quinto gradu supra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis; idest proavi frater, et soror: et proavunculus, et promatertera, idest proaviae frater, et soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini, et consobrinae, amitini, et amitinae filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitae magnae, avunculi magni, materterae magnae filius, filia.

» Sexto gradu supra tritavus, tritavia: infra trinepos, trineptis: ex transverso fratris, sororisque abnepos, abneptis: et convenienter abpatruus, abmatertera, idest abaviae frater, et soror: item propatrui, proamitae, proavunculi, promaterterae filius, filia: item propius sobrino, sobrinave, filius filia: item consobrini, consobrinae nepos, neptis: item sobrini, sobrinae, idest qui quaeve ex fratribus, vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur. *Institut. lib.* 3. *tit.* 6. *De gradib. cognationum.*

Quella distinzione che Giustiniano ci ha presentato nelle linee, superiore, ed inferiore, l'abbiamo in ascendentale ed in discendentale.

La linea discendentale è quella che lega il capo con que' che discendono da lui. Tale è la linea che dal padre si estende ai suoi successori, cioè ai suoi figli, nipoti, pronipoti: quindi il figlio succede al padre, questi all'avo, questi al proavo.

La linea *ascendentale* è quella che dall'ultima persona risale ai suoi autori: tale è la

soccessione che rimonta dal figli al padre, dal nipote all'avo.

» §. 21. Nella linea retta si computano altrettanti gradi quante sono le generazioni non compreso lo stipite. Così il figlio è rispetto al padre nel primo grado: il nipote nel secondo; e reciprocamente il padre e l'avo, rispetto al figlio, ed al nipote. *Art.* 658. *Leg. civ.*

Questa regola è la stessa del dritto romano.

» Tot enim utrumque numerat gradus quot sunt generationes. Hinc pater et filia uno: avus et neptis duobus: proavia, et pronepos tribus gradibus distant. *Heineccii Elementa juris civilis* 1. *tit.* X. §. 154.

» Un mezzo semplicissimo di calcolare i gradi in linea diretta, dice Chobot de l'Alier, si è quello di contare quante persone vi sono dall'uno all'altro parente, di cui vuol conoscersi il grado di parentela, e toglierne una. Dal bisavo al pronipote vi sono quattro persone, cioè il padre, il figlio, il nipote, ed il pronipote; da cui togliendosene una vi restono tre gradi. Ed in fatti ci sono tre generazioni dal bisavo al nipote.

» In riguardo alla linea collaterale il dritto civile, ed il dritto canonico serbavano una differente maniera di computare i gradi.

» Secondo il diritto civile, egli facea di bisogno rimontare da una delle persone, di cui si voleva computare il grado, al autore comune, da cui erano discesi, e computavansi tanti gradi per quante persone vi erano, ad eccezione soltanto di quella, ch'era il comune stipite.

» Secondo il diritto canonico i gradi non si computavano da' due lati, ma solamente dalla persona più lontana, di cui volevasi conoscere il grado della parentela sino allo stipite comune inclusivamente.

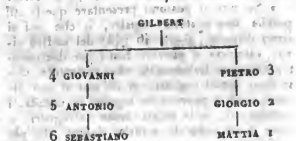
» Per dritto civile due fratelli erano al secondo grado, imperciochè rimontando da ciascuno de' due fratelli allo stipite comune, ch'era il padre si trovavano due persone, cioè i soli due fratelli senza computarci lo stipite comune.

» Per dritto canonico i due fratelli erano al primo grado; poichè non si computava, che da un sol lato; cioè da uno de' fratelli al padre.

» Il zio, ed il nipote erano al secondo grado, poicchè vi erano due persone dal nipote al suo avo, ch'era l'autore comune: il zio intanto era lontano per un sol grado da questo avo, ch'era suo padre; ma noi abbiamo osservato, che s'incominciava a contare dalla persona più lontana.

» Il Codice civile ha preferita la computazione de' gradi secondo il dritto civile (*art.* 737) (658).

» Quindi per conoscersi il grado di parentela fra due persone in linea collaterale, bisogna computare tutte le generazioni dall'una sino all'altra di queste persone inclusivamente, rimontando da essa sino all'autor comune, che non entra in calcolo, e discendendo in seguito da questo autor comune sino all'altro parente; ovvero, ciocchè è la stessa cosa, bisogna contare tutte le persone che formano la serie della parentela dall'uno all'altra de' dua parenti risalendo egualmente da uno de' due all'autor comune, e discendendo in seguito sino all'altro, e nel numero di queste persone comprendendovi le due persone del di cui grado di parentela si va in cerca, forma il numero de' gradi; ma la persona dell'autor comune non deve giammai entrare in calcolo.

Esempio.

» Tra Mattia, e Sebastiano che sono cugini germani, vi sono, 1.° tre generazioni risalendo da Mattia a Gilibert, stipite comune, cioè quella di Mattia, quella di Giorgio, e quella di Pietro; 2.° tre altre generazioni discendendo dallo stipite comune sino a Sebastiano; cioè quella di Giovanni, quella di Antonio, e quella di Sebastiano.

» Non si computa la generazione di Gilbert giacchè essa può aver luogo soltanto risalendo più sopra di lui.

» Vi sono dunque tra Mattia e Sebastiano sei generazioni, e vi sono similmente sei persone, non compreso lo stipite comune.

» Mattia, e Sebastiano sono parenti in sesto grado.

» Mattia, ed Antonio lo sono in quinto grado.

» Giorgio, ed Antonio in quarto grado.

» Antonio, e Pietro sono parenti in terzo grado.

» Così le sorelle, ed i fratelli sono parenti in secondo grado; il zio, ed il nipote in terzo; il prozio ed il pronipote in quarto, i cugini germani sono parenti in quinto grado. Un figlio di un cugino germano è parente in quinto grado all' altro cugino del padre come tra Antonio, e Mattia nel esempio di sopra rapportato. Questi in certi paesi chiamansi zio all'uso di Bretagna. I cugini nati da germani sono parenti in sesto grado.

» E così in seguito accrescendosi un grado ogni qualvolta evvi un parente di più in uno de' lati.

» Ogni persona, che si presenta per raccogliere una successione in qualità di parente del defunto, deve dimostrare la sua parentela, se essa vien contestata.

» La parentela, si dimostra col presentare gli atti di nascita, di matrimonio, e di morte.

» Se non si possono presentare questi atti perchè non esistono registri, o che essi si sieno dispersi, l' art. 46 (48) del codice civile autorizza a provare tanto per documenti, che per testimonii, che realmente non si sono tenuti registri, o ch' essi si son dispersi; ed a provare in seguito la nascita, i matrimonii, e le morti tanto da' registri, e carte domestiche de' genitori defunti, che per testimonii.

» Si può dimostrare anche la parentela da' titoli autentici, da divisioni, licitazioni, atti di tutela, contratti di matrimonio testamenti, ed altri.

» Il possesso di stato, ed i principii di pruova per iscritto possono essere sufficienti in certi casi, e secondo le circostanze a far ammettere la pruova testimoniale. Ma in tesi generale, non si debbono ammettere, che le pruove scritte. *Chabot de l'Allier, Sulle successioni. Tit.* 3.

» §. 22. Nella linea trasversale i gradi si » contano dalle generazioni, cominciando da » uno de' parenti, e salendo sino allo stipi- » te comune, esso non compreso, e discen- » dendo da questo sino all' altro parente. » Perciò due fratelli sono in secondo grado: » lo zio ed il nipote in terzo: i cugini in » quarto; e così successivamente. *Art.* 659. » *Leg. civ.*

Il dritto civile romano serba nella linea trasversale la stessa regola adottata nella linea retta. Il dritto canonico d'altronde la distingue in eguale, ed ineguale, e segna le regole corrispondenti, nel modo indicato da Einnecio.

» In linea obliqua jus civile eamdem servat regulam. (*S' intende delle regola data dal medesimo autore, riportata nel §. precedente*). Canonicum distinguit inter lineam obliquam aequalem et inaequalem, et de illa suppeditat axioma: *Quot gradibus personae cognatae distant a communi stipite, tot gradibus inter se distant*: Hinc frater a sorore jure civili distat secundo, jure canonico primo gradu: consobrini jure civili quarto; jure canonico secundo gradu. De inaequali linea regulam habet: *Quot gradibus persona remotior distat a communi stipite, tot gradibus personae distant inter se.* Hinc avi soror cognata mihi est gradu quanto juris civilis, gradu tertio juris canonici. *Heinneccii Elementa juris civilis lib.* 1. *tit. X.* §. 155.

Inoltre sembra util cosa osservare con Toullier che » ogni persona ha due ascendenti al primo grado, quattro al secondo, otto al terzo. Così risalendo sempre agli ascendenti di ogni persona, si va per diverse linee che si dividono in due rami in ogni generazione. Con questa progressione si trovano sedici ascendenti nel quarto grado, trentadue nel quinto, sessantaquattro nel sesto, cento ventotto nel settimo, e così nel prosieguo, ciò che dà trentatre milioni cinquecento cinquantaquattro mila quattrocento trentadue ascendenti rimontando alla ventesima quinta generazione.

» Ma come molti ascendenti di una stessa persona sono discesi dagli stessi avi, le linee che erano diramate si riuniscono al primo ascendente comune, d' onde discendono gli altri; e questa moltiplicazione sovente inter-

rotta dagli ascendenti comuni può cessare, e ridursi a poche persone.

» Avvi questa differenza fra le linee dei discendenti, e quelle degli ascendenti, che queste sono le stesse per tutti, poichè ogni uomo ha lo stesso ordine di ascendenti, sebbene il numero degli ascendenti divenga ineguale, secondo che essi hanno più o meno ascendenti comuni nel senso in cui noi lo abbiamo spiegato.

» Riguardo alle linee dei discendenti, esse si diramano diversamente, secondo il numero dei figli, e dei discendenti; esse finiscono, o durano più o meno, secondo che le generazioni cessano o si prolungano. Molte famiglie si estinguono per mancanza di discendenti, altre dureranno fino alla fine dei secoli. Così le linee dei discendenti variano in ogni famiglia.

» Qualora si vogliano vedere i gradi, o le generazioni tra un solo ascendente, ed un solo discendente di padre in figlio, non fa d'uopo che designare una linea; qualunque sia il numero dei gradi che passano fra essi.

» Si possono del pari computare più ordini o linee di collaterali, secondo che l'autore comune che li unisce è più o meno lontano.

» Gli uni sono discesi dallo stesso padre, e dalla stessa madre, come i fratelli e le sorelle germane; o dal medesimo padre, o dalla medesima madre soltanto, come i fratelli e le sorelle consanguinee, o uterine.

» Gli altri sono nati dallo stesso avo, dallo stesso bisavo, trisavolo, e così di mano in mano.

» Siccome tra i fratelli e le sorelle si distinguono i germani, i consanguinei, e gli uterini, si può, per riguardo ai collaterali del secondo, terzo, o quarto ordine, distinguere que' che sono nati dal medesimo avo, dalla medesima avola, o soltanto dallo stesso avo, ma da un'avola differente, *aut viceversa*, e così riguardo ai discendenti dei bisavi, dei trisavoli ec.

» Si possono egualmente distinguere fra i discendenti dei fratelli o delle sorelle que' che sono nati dai fratelli, o dalle sorelle germane, consanguinei o uterini.

» Si chiama famiglia, nel senso proprio, tutti i figli nati dal medesimo padre *ultimi genitoris. L. 195. §. 4. D. de verb. signif.*

» Ogni figlio che si marita e che procrea figli, forma una nuova famiglia di cui è l'autore o il tronco comune.

» Nondimeno egli continua ad essere, come i suoi figli, membro della famiglia di suo padre, e rimontando più in alto, di suo avo, di suo bisavolo, e così in seguito: in guisa che ogni famiglia particolare propriamente detta, è compresa in una seconda famiglia, e risalendo questa in una terza, e così appresso. È in questo senso che dicesi, che tutti gli uomini appartengono alla stessa famiglia.

» Vi sono dunque tante famiglie, quanti sono gli stipiti comuni: famiglia del padre, famiglia dell'avola, della bisavola, ec.

» In un altro senso, come i figli portano sempre il cognome del padre e non quello della madre, dicesi che le mogli sono il principio, ed il termine della famiglia. *Mulier autem familiae suae et caput et finis est. L. 195. §. 5. D. de verb. sig.* Se ne conclude da ciò che i figli non sono compresi nella famiglia della madre. *Faeminarum liberos in familia earum non esse, palam est, quia qui nascuntur patris non matris familiam sequuntur. L. 196. D. ibid.*

» In questo senso la parola famiglia indica soltanto que' che sono nati dal medesimo sangue per parte di maschio.

» Così, nelle successioni puramente di agnati, vale a dire deferite ai maschi discendenti dei maschi, le femmine non sono considerate come della famiglia: esse non possono succedere, nè servir di anello onde perpetuare l'ordine della successione nella famiglia.

» Tale era l'ordine stabilito nella successione di certi feudi, e tale è quello che era stabilito in Francia nella successione dei majoraschi con decreto del 1 marzo 1808.

» Ma quest'ordine è puramente di dritto civile.

» Nel senso ordinario, come nell'ordine della natura, le donne sono della famiglia: esse perpetuano le due famiglie del padre e della madre, alle quali appartengono.

» Così il pronipote è nella famiglia del bisavolo materno, sebbene sia disceso dalla

parte della donna: così ogni individuo appartiene a tante famiglie per quanti discendenti trovasi avere.

» Egualmente nella linea discendentale si può distinguere la famiglia del figlio, del nipote ec. e nella trasversale, quella del fratello, vale a dire quella di cui il fratello è l'autore comune; quella del nipote, o sia quella di cui questi è lo stipite comune ec.

» Quindi vi sono famiglie superiori, famiglie inferiori, e famiglie collaterali, relativamente a colui, che si prende per termine di paragone, e di cui vuolsi conoscere la parentela.

» Queste nozioni generali sulla parentela o consanguineità, e sul modo di computare i gradi, possono applicarsi a tutti i sistemi di successioni esistenti o possibili, fondati sulla parentela: esse sono necessarie per intenderli sotto i rapporti delle persone che succedono, o alle quali si succede. *Toullier, Corso di dritto civile vol.* 4. §. 159.

Per avere intanto una idea precisa dei gradi enumerati da Giustiniano, e dei quali Toullier ne ha dato anche una esposizione, ne riportiamo la figura corrispondente.

Della rappresentazione

» §. 23. La rappresentazione è una finzio-
» ne della legge, il cui effetto è di fare en-
» trare i rappresentanti nel luogo, nel gra-
» do e nè dritti del rappresentato. *Art.* 660.
» *Leg. civ.*

La definizione è letteralmente data da Einneccio.

» Jus repraesentationis est fictio juris, qua remotiores in parentis defuncti locum subintrare intelliguntur. Sic si Titius reliquit tres filios Primum, Secundum, Tertium, et ex Quarto defuncto sex nepotes, hi omnes succedunt, et Primus quidem, Secundus, Tertius tanquam liberi primi gradus in capita, id est, accipiunt singuli quadrantem bonorum, sex nepotes, ex Quarto superstites, hunc patrem suum repraesentant, adeoque quum omnes simul quartam quadrantem accipiant, in stirpem succedunt. Ita si et soli nepotes extarent, ex Primo unus, ex Secundo sex, ex Tertio quatuor, ex Quarto duo, omnes succederent, non secundum numerum capitum, sed in stirpes. Primum enim quadrantem nepos unus ex Primo solus caperet, alterum sex nepotes ex Secundo, tertium quatuor nepotes ex Tertio, quartum duo ex Quarto inter se dividerent. *Heinnecii Elementa juris lib.* 3. *de Successionibus ab intestato* §. 747.

Si è detto molto, e molto si è scritto su la definizione della rappresentazione. La voce *finzione della legge* adottata dagli antichi giureconsulti, e ritenuta nella legislazione novella si è creduto dai moderni giureconsulti inopportunamente adoprata. Fra gli altri Toullier dice, che » sarebbe stato più conveniente e più conforme alla verità il dire che la rappresentazione è una *disposizione della legge*. Cita il dotto Chabot il quale ha provato, che la rappresentazione non è una finzione: mentre la definisce » un dritto conferito dalla legge in virtù del quale il figlio succede nel luogo di suo padre, o di sua madre che è morto prima che si sia aperta la successione (*Corso di dritto civile vol.* 4. *n.* 189). Ma il medesimo Chabot nel suo rapporto fatto al tribunato di Parigi in nome della sezione di legislazione sulla legge relativa alle successioni, pensava diversamente. Egli si espresse in questi termini.

» Questa rappresentazione ammessa dalla legge non è che una finzione; ma è una imagine reale della verità, e senza di lei la legge sarebbe quasi sempre in opposizione colle affezioni del defunto, e violerebbe per lo più le sue intenzioni. *Esposizione dei motivi sul cod. civ.n.* 53. Questo giureconsulto adunque pensando diversamente da quello che si trovava già detto per fissare un canone di legislazione, dichiara, che il suo precedente avviso regolato da quello degli antichi giureconsulti doveva essere corretto.

Maleville si esprime però più precisamente su di ciò.

» La rappresentazione, ei dice, è certamente una finzione della legge, ma sta non pertanto nell'ordine della natura. È fondata sull'affezione presunta del defunto, il quale si tiene, che se avesse disposto de' suoi beni non avrebbe infallibilmente sofferto, che i nipoti suoi, cioè i figli di suo figlio, o quelli

T.V.

IIII Abavo. Abava 4
IIII Secondo Prozio paterno 5
III Bisavolo, Bisavola 3
IIII Secondo Prozio materno 5
IIII Figlio del Secondo Prozio paterno
III Prozio paterno 4
II Avo. Ava 2
III Prozio materno 4
IIII Figlio del Secondo Prozio materno 6
IIII Nepote del 2° Prozio paterno 7
III Figlio del Prozio paterno 5
II Zio paterno 3
I Padre. Madre 1
II Zio materno 3
III Figlio del Prozio materno
IIII Nepote del 2° Prozio materno 7
IIII Cugino paterno in 3° grado
III Cugino paterno in 2° grado 6
II Cugino Germano paterno 4
I Fratello 2
I Sorella 2
II Cugino Germano materno 4
III Cugino materno in 2° grado
IIII Cugino materno in 3° grado 8
IIII Figlio del Cugino paterno in 2° grado
III Figlio del Cugino germano paterno 6
II Nepote ex Fratre dal lato paterno 3
I Figlio, Figlia 1
II Nepote ex Fratre dal lato materno 3
III Figlio del Cugino germano materno
IIII Figlio del Cugino materno in 2° grado
IIII Nepote del Cugino germano paterno 6
III Pronepote ex Fratre dal lato paterno 4
II Nepote
III Pronepote ex Fratre dal lato materno
IIII Nepote del Cugino germano materno 6
IIII Abnepote ex Fratre dal lato paterno 5
III Pronepote 3
IIII Abnepote ex Fratre dal lato materno 5
IIII Abnepote 4

di suo fratello, morto prima di lui, rimanessero esclusi dalla sua successione, perchè di questa s'impadronissero soltanto i zii o le zie di codesti figli. *Maleville. Osservazione all' art. 739. del cod. civ.*

» §. 24. La rappresentazione nella linea » retta ha luogo fra discendenti in infinito; » ed in tutti i casi, sia che i figli del de- » funto concorrano co' discendenti di un fi- » glio premorto, sia, che mancati di vita » tutti i figli del defunto prima di lui, i » discendenti si ritrovino fra loro in gradi » eguali, o ineguali. *Art.* 661. *Leg. civ.*

Dagl' imperatori Diocleziano, e Massimiano fu consagrata la medesima giurisprudenza.

» Ut intestato defuncti filius ac nepos ex filio qui mortis ejus tempore in rebus humanis non invenitur, manentes in sacris pariter succedant, evidenter lege duodecim tabularum cavetur, quod et honorarj juris observatio sequitur (*dando unde liberi bonorum possessionem*) *L.* 3. *cod. de suis et legit. liber.*

Casus. Decessit pater familias, relicto filio, et nepote, ac altero filio mortuo, an filius et nepos aequaliter succedere debeant quaeritur? responde quod sic, et hoc lege duodecim tabularum cavetur. Idem est in successione de jure praetorio danda ex capite unde liberi. *Accur.*

Cujacio nell'analisi di questa legge enumera li diversi gradi, che per dritto di rappresentazione sono considerati nella successione intestata.

» Notandum est inter suos heredes ad successionem intestati ex lege 12 tab. vocari nepotes ex filio, vel filiis masculis pariter cum filiis superstitibus, idest patruis suis, licet ii nepotes defuncto non sint sui liberi; quia filii eos praecedunt, sed sunt legitimi liberi quos aequum est succedere in locum, portionemque patris sui, cujus vicem repraesentant, idest in eam partem quam pater eorum habiturus fuisset, si vixisset. In bonis patris, atque ita nepotes succedunt cum patruis non in capita, idest non pro virilibus portionibus, sed in stirpes, idest in portionem patris sui quam habuisset si vixisset; ut si sit unus filius, et ex filio jam mortuo tres nepotes, non fiant tot partes quot sunt capita sive personae, sed duae tantum partes, ut filius unum habeat semissem, alterum tres nepotes, vel 10 vel 20 nil refert. Quod et jure praetorio ita procedit exemplo juris civilis. *L. si in adopt. §. ult. de bon. poss. cont. tab. L. si nepotes de collat. bonn.* si nulli sint filii, sed nepotes tantum ex diversis filiis jam mortuis varii numeri, puta ex uno tres, ex alio duo, ex alio unus non succedant etiam in capita, sed in stirpes, et in lineas, ut tres partes hereditatis intestati fiant. Et omnino in liberorum linea hae duae regulae observandae sunt: una haec est: inter liberos a proximiore ulteriorem non excludi, ut a filio non excluditur nepos ex alio filio jam mortuo. Altera regula haec est: inter liberos hereditatem dividi pro stirpibus, non pro capitibus: quae duae regulae non ita valent in linea legitimorum vel agnatorum. *Cujacii. Comment. in tit.* 55. *de suis et legit. lib.* 3. *codicis.*

Se una successione è deferita al figlio, ed ai figli di un'altro figlio predefunto, e che il figlio rinunci, la rappresentazione, che colloca i figli di un figlio premorto nel grado del loro padre avrà l'effetto di accordar loro il dritto di escludere i figli dell' altro figlio che ha rinunciato alla successione?

» La ragione di dubitare, risponde Pothier, è che la rappresentazione essendo stata introdotta per ammettere alla successione dei figli che si trovano in un grado più lontano, unitamente a quelli che si trovano in un grado più prossimo, sembra che essa debba restringersi a questo effetto, e che non si debba accordar loro il dritto di escludere gli altri figli che si trovano nello stesso grado. Tuttavia bisogna decidere che in questo caso i figli i quali succedono per rappresentazione del loro padre e madre premorta, avranno tutta la successione ed escluderanno i figli dell'altro figlio che ha rinunciato. La ragione è questa che colla rappresentazione la successione è stata deferta ai figli del figlio premorto, i quali essendo i trovati coeredi del figlio rinunciante, la di lui porzione si accresce loro a motivo della rinuncia secondo gli articoli 310 di Parigi, e 359 d' Orleans che portano che » la porzione del figlio che rinuncia si accresce agli altri figli eredi. »

» I figli di un figlio premorto escludono essi i figli di un'altro figlio vivente il quale è diseredato? Per l'affermativa si dirà che i figli del figlio premorto essendo collocati col mezzo della rappresentazione nel primo grado che occupava il loro padre, si trovano di avere una poziorità di grado sui figli del diseredato, che non si trovano essere che nel secondo, e che non possono essere ravvicinati al primo che si trova occupato dal loro padre diseredato che è vivente; che quindi i figli del figlio predefunto debbono escluderli. Per la negativa si dirà al contrario che la finzione della rappresentazione non dee aver luogo che per il caso pel quale ella è fatta; che essendo fatta per far concorrere i figli di un grado più lontano unitamente a quelli che si trovano in un grado più prossimo, essa non dee aver luogo che quando la successione trovandosi deferita ad un figlio del primo grado; è necessario di ravvicinare i figli di un grado più lontano al grado del loro padre e madre predefunta, perchè possa essa essere deferita in eguali porzioni; ma che quando non si ritrova alcun figlio in un grado più vicino di essi al quale possa essere deferita la successione, come in questo caso, in cui la diseredazione del figlio impedisce che gli possa essere deferita, allora la successione potendo essere deferita al grado nel quale essi si trovano, senza il soccorso della rappresentazione, non dee esservi luogo alla rappresentazione; essi non debbono essere collocati nel primo grado che occupava il loro padre o la loro madre, e per conseguenza non trovandosi che nel medesimo grado di quello nel quale si trovano i figli dell' altro figlio diseredato, essi non debbono escluderli. Si replica per la prima opinione, negando il principio sul quale la seconda è fondata, cioè che non dee esservi luogo alla rappresentazione in favore di un figlio, o di una figlia premorta, che quando vi esiste un figlio di primo grado al quale la successione sia deferita; e si sostiene al contrario che indistintamente tosto che uno dei varj figli muore naturalmente o civilmente, i figli di questo figlio predefunto entrano nel grado ch' egli occupava, senza riguardare se al tempo dell' apertura della successione del loro avo si troveranno, o non si troveranno altri figli o figlie ai quali sia deferita la successione.

» La rappresentazione facendo succedere i rappresentanti in luogo del loro padre o madre ch' essi rappresentano, ne segue ch' essi non possono aver tutti insieme che la stessa parte e porzione che avrebbe avuto il detto loro padre o madre se fosse soppravvissuto, e che non possono percepire di più.

» E per questo motivo se un figlio premorto avesse percepito qualche cosa in anticipazione della successione, i suoi figli che lo rappresentano, sebbene abbiano rinunciato alla successione, saranno obbligati di porre in collazione o scontare ciò che il loro padre ch' essi rappresentano, ha ricevuto, nella stessa guisa che il loro padre sarebbe stato obbligato di porlo in collazione. *Pothier. Trattato delle successioni. vol. 1. cap. 2. sez. 1. art. 1. §. 3.*

§. 25. La rappresentazione non ha luogo in favore degli ascendenti: il più prossimo esclude il più rimoto. *Art. 661. Leg. civ.*

La ragione di questa massima è dettata da Chabot dell' Allier.

» Il figlio, si dice, aver dee, ed ha realmente maggior tenerezza per suo padre, che pel suo avo, e quanto più i suoi ascendenti sono da lui lontani, meno prova per essi di quell'affezione viva, e spontanea, che la natura stessa gl' ispira. Gli ascendenti più prossimi perciò escluder devono dalle successioni i più remoti, e non vi può essere tra loro rappresentazione.

» Sembra per altro che la rappresentazione non possa aver luogo che rimontando, mai scendendo. *Esposizione de' motivi sul cod. civ. p. 53.*

Risulta da questi principj che gli ascendenti avendo dritto a succedere ai loro nipoti non possono avvalersi della rappresentazione, dappoichè il fine della rappresentazione è diretto a ravvicinare il più remoto al più prossimo parente: circostanza da non avverarsi mai in persona degli ascendenti i quali non hanno in se stessi grado alcuno da rappresentare. Avviene adunque per conseguenza dei medesimi principj che l' ascendente più prossimo esclude il più remoto. Così Giustiniano.

» Defuncto sine liberis filio, parentes si

soli (*sine fratribus et sororibus utrinque conjunctis*) sunt, succedunt, salva gradus (*pater ergo excludit avum maternum, cum mater defuncti non supersit, et mater avum paternum cum pater non supersit, licet aliud sit in filio meo, et nepote ex alio praemortuo*) sui praerogativa. Si pari gradu sunt pariter succedunt, paternis quidem dimidia; maternis vero alia dimidia delata; licet sit dispar (*ergo si est avus maternus, et avia materna, et solus avus paternus, tantum habet hic solus quantum illi duo*) eorum numerus. Sed si cum parentibus fratres et sorores utrique defuncto conjuncti supersint, vocantur cum ascendentibus gradu proximis (*idest cum patre, et matre tantum, secundum quosdam, non avo, imo ipsi soli, remoto avo*); ita ut viriles portiones fiant; exclusa prorsus omni differentia sexus et patriae potestatis, ubi nulla secundarum nuptiarum fit mentio. *Auth. in L. Si quis, vel si qua. Cod. ad Senatusconsultum Tertullianum.*

Casus. Sempronius decessit habens patrem, et matrem: succedit ei pater, et mater: si autem pater vivat, et non mater, sed avus maternus, pater excludit avum maternum, quia prior in gradu potior est in successione: et si paternum habeat avum, et aviam maternam, et tantum avum paternum, vel e converso illi qui sunt ex parte patris habebit dimidiam; licet unus sit tantum ex parte una, et plures ex alia, et e converso. Si vero defunctus habeat patrem, et matrem, fratres, et sorores vocantur cum ascendentibus in virilem portionem; et ista sunt vera quando filius decedit intestatus. Si faciat testamentum, nec habeat filios, non debeat praeterire vel exhaeredare parentes, nisi sint ingrati; alioquin non valebit testamentum quantum ad institutionem, quantum ad alia poterit valere. *Vivianus.*

» §. 26. Nella linea trasversale la rappre-
» sentazione è ammessa in favore de' figli e
» discendenti da' fratelli o dalle sorelle del
» defunto, sia che essi concorrano alla suc-
» cessione co' loro zii e zie, sia che essendo
» premorti tutti i fratelli e le sorelle del de-
» funto, la successione si trovi devoluta à
» loro discendenti in gradi ineguali. *Art.*
» 663. *Leg. civ.*

Questo articolo ha rivocate le disposizioni della 2. Consuetudine Napoletana *Si quis vel si qua §. sed si morienti* sulla successione intestata di colui che muore senza figli lasciando uno o più fratelli, nipoti, e pronipoti discendenti da altro fratello. Con questa Consuetudine era disposto, che quantunque il fratello era in grado più prossimo al defunto, nondimeno li figli, e discendenti di altro fratello, o fratelli premorti succedevano egualmente con lui *in stirpem*, escluse le femmine dotate.

» Sed si morienti ab intestato absque liberis supersunt frater seu fratres, nepotes, et pronepotes, et in infinitum descendentes ex fratre; vel fratribus praemortuis, tunc licet frater sit in gradu proximior decedenti, nihilominus filii, vel filiae, nepotes, et neptes, et pronepotes, et proneptes, et alii descendentes ex fratre, vel fratribus praemortuis, aequaliter succedunt cum fratribus defunctae personae in stipitem scilicet; ita quod si inter ipsos nepotes, et pronepotes, et deinceps fratrum praemortuorum sint foeminae, quae habeant fratres consanguineos, ipsae mulieres a praemissa successione excluduntur, cum fratres ipsas habeant maritare. »

La corte di cassazione di Parigi nel dì 6 aprile 1813 emise una decisione con cui stabilì la massima, che quando il figlio naturale è in concorso coi nipoti di suo padre, la porzione ch'egli ha dritto di prendere nella sua successione, non è regolata come se fosse in concorso coi fratelli, e colle sorelle del defunto.

» *Fatto* Naciso Pigeaux figlio naturale ha reclamato la successione di suo padre aperta nel 1810 - Si è trovato in concorso con taluni figli nati dai fratelli del defunto, le signore Lechallat, e Lepelletier.

» In tale stato di cose egli ha reclamato i tre quarti della successione ai termini dell'articolo 757 del codice civile, il quale accorda questa porzione al figlio naturale, allorchè il padre non ha lasciato nè discendenti, nè ascendenti, nè fratelli, nè sorelle.

» Le signore Lechallat, e Lepelletier hanno sostenuto, che nella specie il padre di Narciso Pigeaux, lasciando de' figli di fratelli, doveva considerarsi come se lasciato avesse de' fratelli, poichè in tesi generale i figli,

ed i discendenti sono situati in virtù della rappresentazione, nella stessa linea, e nello stesso grado de' loro autori (codice civile 757). Esse pretendevano in conseguenza di ridurre il figlio naturale alla metà.

» A' 13 giugno 1811 sentenza del tribunal civile di Pondoise, che ammette il sistema della rappresentazione, ed in conseguenza assegna a Narciso Pigeaux la metà della successione.

» Atteso (ecco come è conceputa la sentenza) che quantunque ai termini dell' articolo 756 del codice civile i figli naturali riconosciuti non sieno eredi, risulta però dalle disposizioni dell' articolo seguente, e dai termini stessi, dei quali il legislatore si è servito per far conoscere le sue intenzioni sulla fissazione della loro sorte, ch' essi sono, salva la proporzione di ciò, che la legge chiama loro dritti sopra i beni dei defunti genitori, trattati perfettamente come tanti eredi di fatto; dapoichè in primo luogo questo articolo suppone per essi una porzione ereditaria, della quale loro attribuisce la legge, secondo i diversi casi, il terzo, la metà, o i tre quarti; ciocchè non può effettuarsi, quando il defunto ha lasciato dei discendenti legittimi, senza contare il figlio naturale tra i suoi successori, per sapere se egli prenderà il suo terzo su di una seconda, terza, o quarta parte, in ragione del numero degl' individui, nella linea de' quali egli è di fatto momentaneamente dalla legge situato.

» Attesocchè l' oggetto diretto, e speciale di questo stesso articolo 757 è evidentemente di stabilire una riserba in favor de' figli naturali, e che di già le corti di appello, ed anche la corte di cassazione han deciso su tale oggetto, e che nel decidere esse hanno nel vero spirito della legge sottoposto il dritto de' figli naturali alle regole della riserba legale, tal quale ha luogo in rapporto ai figli legittimi, nel caso di disposizioni testamentarie, o tra vivi.

» Attesocchè l' art. 760 (676) situato sotto lo stesso capitolo delle successioni irregolari è un novello indizio, che il legislatore, salva la qualità di erede di dritto, ha applicato al figlio naturale le disposizioni della successibilità, poichè lo sottopone alla collazione, del pari che i figli legittimi.

» Attesocchè se il legislatore, nella mira di assicurare la sorte dei figli naturali in modo, che non vi fosse da oggi in avanti alcun arbitrio tanto a suo vantaggio, che a suo disvantaggio, ha giudicato necessario di applicargli con disposizioni speciali richieste dal prendere egli parte in una successione, i principj, e le regole della successibilità, non vi ha ragione perchè quello della rappresentazione in linea collaterale sia eccettuato a suo riguardo, principalmente quando l' articolo 757 istesso l' ammette implicitamente nella linea diretta, servendosi della parola *discendenti*; che se il legislatore avesse voluto distruggere il principio fino al punto di colpire il nipote con questa eccezione lo avrebbe scritto nella legge.

» Atteso finalmente, che la corte di Pau ha di già ammesso questo principio in una specie simile alla presente, per la qualità degli eredi legittimi, coi quali il figlio naturale concorreva, quale opinione è garantita dall' avviso dell' oratore del consiglio di stato nella sua esposizione de' motivi sull' articolo 757, e da quello del celebre giureconsulto Merlin nel suo nuovo repertorio di giurisprudenza sotto alla parola *rappresentazione*.

» Il tribunale decidendo in prima istanza dichiara che i dritti di Narciso Pigeaux come figlio naturale, sono, e resteranno fissati alla metà de' beni dipendenti dalla successione; in conseguenza autorizza il minore suddetto a mettersi in possesso della enunciata metà, procedendosi alla divisione.

» In grado di appello decisione della corte imperiale di Parigi, che annulla la sentenza de' primi giudici, e proscrivendo il sistema della rappresentazione, dà al figlio naturale i tre quarti: Considerando, che l' articolo 757 del codice civile determina la capacità de' figli naturali per tre quarti, quando non vi sono nè fratelli, nè sorelle, e che in questa specie le regole della rappresentazione in favor de' nipoti non sono applicabili.

» Gli eredi Pigeaux producono ricorso in cassazione per violazione dell' articolo 742

del codice civile, (663) o per falsa applicazione dell'articolo 757.

» Gli attori sostengono, che la corte imperiale ha male a proposito negato di applicare alla specie le regole della rappresentazione, e che essa arbitrariamente ha modificato, o ristretto l'espressioni assolute dell'articolo 742. Ecco in qual modo si esprimevano per l'organo del signor Matthias.

» L'articolo 742. ammette in principio generale la rappresentazione nella linea collaterale. Questo articolo è così concepito » Nella linea transversale la rappresentazione è ammessa in favore de'figli, discendenti da'fratelli, o dalle sorelle del defunto, sia che essi concorrono alla successione co' loro zii, o zie, sia che essendo premorti tutti i fratelli, o sorelle del defunto, la successione trovasi devoluta ai loro discendenti in gradi eguali, o ineguali.

» Ma qual' è l'effetto della rappresentazione?

» I suoi effetti restati per lungo tempo imperfetti nel dritto romano, sono stati chiaramenet determinati dalla Nov. 118 cap. 3. Essa ha per oggetto di mettere il rappresentante in luogo del rappresentato, in modo, che la parte alla quale quest'ultimo avrebbe avuto dritto, se fosse stato vivente all'epoca dell'apertura della successione appartenga al primo, come se vivesse ancora. *Si autem defuncto fratres fuerint, et alterius fratris, aut sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre, et matre patruis masculis, et foeminis, et quanticunque fuerint tantam ex haereditate praecipient portionem quantam eorum parens futurus erat accipere si superstes esset.*

» La rappresentazione ha sofferto molte modificazioni nelle nostre consuetudini

» Talune l'ammettevano ai termini del dritto: altre non l'ammettevano che in linea diretta, e non l'ammettevano in collaterale. Talune finalmente ammettevano la rappresentazione in quanto ai gradi, e non l'ammettevano in quanto ai dritti.

» Ma tutte queste differenze sono disparse innanzi all'art. 739 del cod. civ. (660) il quale ha esteso a tutta Francia la rappresentazione nel modo ch'è stabilita dal dritto romano, di cui non è che la letterale traduzione. (...)

» La rappresentazione (dice questo articolo) è una finzione della legge, il di cui effetto è di far entrare i rappresentanti nel luogo, nel grado, e ne' dritti del rappresentato.

» Quindi subitochè la rappresentazione è ammessa in linea collaterale, bisogna aver per costante, che tutte le volte, che la legge ha chiamati i fratelli, e le sorelle, essa ha chiamati in loro mancanza i loro figli, nipoti del defunto; e che ammeno di una eccezione formale questi debbano sempre esser messi in luogo di quelli, allorchè più non esistono. Or l'art. 757 non fa alcuna eccezione alla regola generale della rappresentazione, non esclude i nipoti dalla metà, che deferisce ai fratelli e sorelle in concorso col figlio naturale.

» Il dritto del figlio naturale, esso dice, sopra i beni del padre, o della madre defunti.... è della metà, quando non avessero lasciato nè discendenti, nè ascendenti, nè *fratelli nè sorelle.*

» Nel decidere, che la regola della rappresentazione non era affatto applicabile nel caso da quest'articolo preveduto, la decisione impugnata ha fatto una falsa applicazione dell'art. 757, ed ha formalmente violato l'art. 739.

» In effetti invano si è opposto, che dopo di aver disposto, che il dritto de'figli naturali era della metà, allorchè, il padre, e la madre avessero lasciato de' fratelli, o delle sorelle, l'art. 757 dispone, ch'è di tre quarti, quando il padre, e la madre non lasciano nè fratelli nè sorelle, senza aggiungere, nè nipoti; ciocchè l'avrebbe fatto, se avesse inteso di estendere a questo caso la regola della rappresentazione.

» Ella è cosa evidente per l'opposto, che dopo di aver detto nell'art. 739, che la rappresentazione fa entrare il rappresentante in tutti i dritti del rappresentato; e nell'articolo 742, che la rappresentazione è ammessa in favor de' figli, e discendenti de' fratelli, e delle sorelle, il legislatore non avrebbe potuto senza una vana superfluità, senza sconoscere egli stesso l'effetto, che avea dato alla rappresentazione far menzione nell'articolo 757 de' nipoti, e delle nipoti, e che

questa menzione non fosse stata necessaria, che nel caso, che avesse voluto derogare contro di essi alla regola generale del suo silenzio conservata in tutta la sua integrità, lungi dal recarvi alcuna diminuzione.

» E quando il legislatore nel regolare più appresso nell'art. 766 la successione del figlio naturale dispone, che nel caso di premorienza di suo padre, e di sua madre, i beni che ne aveva ricevuti, passino ai fratelli, ed alle sorelle legittime, non aggiunge ai loro *discendenti*; ed intanto chi ardirebbe di sostenere, che i figli de' fratelli, e delle sorelle non hanno lo stesso dritto de' padri loro? Chi oserebbe di sostenere, che il fisco gli deve essere preferito?

» L'articolo 766 non è già il solo nel quale i nipoti e le nipoti siano compresi, quantunque non vi siano espressamente denominate.

» L'art. 752 prescrive, che la divisione della metà, o de' tre quarti devoluti ai fratelli, ed alle sorelle allorchè il padre, e la madre del defunto, o solamente uno di essi gli è sopravvissuto, ha luogo tra di loro per porzioni eguali se sono figli nati dallo stesso matrimonio, e non fa alcuna menzione de' nipoti, e delle nipoti.

» Ed intanto in questo caso, e nel precedente si può mai ragionevolmente sostenere che i figli de' fratelli, e delle sorelle siano esclusi dalla successione?

» Or se in questi due casi, i nipoti non sono esclusi, quantunque non si siano nominativamente chiamati, perchè mai lo sarebbero nel terzo caso?

» Ma se vi sono molti articoli del codice, nei quali i nipoti non sono denominati, quantunque sieno evidentemente chiamati, ve ne sono ancora molti altri, ne' quali sono specialmente nominati, senza avere ne' maggiore, ne' minore dritto, che se non fossero stati denominati.

» Tal' è per esempio l'articolo 746, nel quale è detto, che se il defunto non ha lasciato nè posterità, ne' fratelli, nè sorelle, ne' discendenti da essi, la successione si divide per metà tra gli ascendenti della linea paterna, e gli ascendenti della linea materna.

» Tal' è ancora l'articolo 751, nel quale si legge, che se il padre, e la madre della persona defunta senza figli gli sono sopravvissuti, i suoi fratelli, e le sue sorelle, o i loro rappresentanti, non sono chiamati, che alla metà della successione.

» In generale si osserva, che in tutti i casi, in cui la rappresentazione è ammessa, la legge chiama, o non chiama indifferentemente i rappresentanti in luogo de' rappresentati, giacchè la rappresentazione una volta ammessa, e determinati i suoi effetti, era in realtà indifferente di chiamarli, e non chiamarli, poichè erano chiamati di dritto, e per la sola forza del principio.

» Lo stesso è nell'articolo 767, allorchè il legislatore dispone, che se il defunto non lascia ne' parenti nel grado successibile, ne' figli naturali, la successione appartiene al conjuge superstite; esso non nomina i discendenti de' figli naturali. Forse ne dedurremo, che la devoluzione al conjuge superstite deve farsi in loro pregiudizio? Certamente, che no. Una induzione così irragionevole sarebbe in manifesta opposizione coll'articolo 759, che accorda ai discendenti de' figli naturali gli stessi dritti, che accorda ai loro padri.

» Intanto s'insiste, e si dice, che la rappresentazione è ammessa nelle successioni regolari; ch'essa ha luogo tra gli eredi, e che non si può in conseguenza opporre al figlio naturale, il quale non è erede, e non è chiamato, che a titolo di successione irregolare.

» Molte risposte egualmente perentorie si presentano a questa obbiezione, che può sembrare speciosa al primo colpo d'occhio.

» Noi osserveremo in primo luogo, che un argomento tratto dall'ordine del codice non ha una gran forza; e che se ne può qualche volta fare uso, ciò avviene nei casi, in cui le disposizioni, che si pretendono di non essere generali, si trovano col fatto sotto la rubrica di una materia evidentemente distinta da tutte quelle, che la circondano; e pure bisogna essere circospetto; giacchè l'articolo 758, per ragion di esempio, che trovasi sotto la rubrica degli affitti de' fondi rustici, si applica egualmente alle pigioni delle case.

» Ma nella specie non è così. L'art. 742 (663) è situato sotto un titolo generale; quel-

lo della rappresentazione: questo titolo trovasi situato nell'ordine del codice, prima de' titoli particolari delle diverse successioni, e viene immediatamente dopo quello intitolato *delle disposizioni generali*: vi è dippiù: gli articoli, che precedono, e che seguono l'articolo 742, presentano una serie di principj generali, che si applicano evidentemente a tutte le successioni. Tali sono gli articoli 739, 740, 741, 743, 744. Si potrebbe forse pretendere, per esempio, che il principio fissato nell'articolo 741, che la rappresentazione non ha luogo in favore degli ascendenti; che il più prossimo in ciascuna delle due linee esclude sempre il più lontano, non avesse luogo nelle successioni irregolari? Perchè mai il principio della rappresentazione in favore dei nipoti non vi avrebbe egualmente luogo?

» Si oppone, che l'articolo 742 si estende a due casi. Quello in cui i discendenti de' fratelli, e delle sorelle concorrono coi zii, o colle zie, e quello in cui concorrono tra di essi in gradi eguali, o ineguali.

» La prima osservazione, che deve farsi su questa obbiezione è, che il principio della rappresentazione è stabilito nel principio di questo articolo, nel modo il più chiaro, il più generale, ed il più assoluto.

» La rappresentazione, vi è detto, è ammessa in favore dei figli, e de' discendenti de' fratelli, o delle sorelle del defunto.

» Resta dunque a sapersi se il prosieguo di questo articolo presenta una disposizione tassativa, o dimostrativa.

» Or su di questo punto, la ragion di decidere nasce in primo luogo dal dubbio istesso. *Expressio in dubio censetur facta causa demonstrationis, nisi hoc exprimatur, ut clare de mente appareat.* (Dumoulin, sull' antica costumanza di Parigi, §. 2. Glossa 3. n. 7.).

» In secondo luogo non vi è persona, la quale ignori, che nel nostro linguaggio la particola alternativa » sia, che vengano, sia, che tutti i fratelli, e tutte le sorelle essendo morti, è dimostrativa, e non tassativa; e l'intimo senso ci avverte in qualche modo, secondo la espressione del signor Merlin, che se nel testo, di cui trattasi, il legislatore avesse voluto restringere la rappresentazione a due casi, che ci sono enunciati, avrebbe detto nel seguente modo: » La rappresentazione è ammessa in favor de' figli e de' discendenti da' fratelli, e dalle sorelle del defunto in due casi: il primo allorchè... il secondo allorchè... e non già sia allorchè... sia allorchè ..

» Basta d'altronde di conoscere lo scopo per lo quale il legislatore ha chiamato per rappresentazione i figli, ed i discendenti dai fratelli, e dalle sorelle del defunto, sia che concorressero coi zii, e colle zie, sia che concorressero tra di essi a gradi eguali, o ineguali, per convincersi, che la seconda disposizione dell'articolo 742 non poteva essere, che dimostrativa, e non era tassativa.

Una controversia erasi elevata nel secolo XV, tra Accursio, ed Azone su la question, di sapere in qual modo dovesse dividersi la successione di un defunto, il quale avesse solo lasciato dei nipoti nati da diversi fratelli. Accursio sosteneva, che la divisione dovea farsi in *stirpes*, Azone sosteneva l'opposto, che la divisione dovea farsi *per capita*, e la sua opinione era stata adottata dall'articolo 321 della consuetudine di Parigi. Il codice civile per l'opposto, ha adottato l'avviso di Accursio; ed affinchè non restasse alcun dubbio su tale oggetto, egli ha ordinato, che i discendenti dei fratelli, e delle sorelle venissero per rappresentazione, sia che concorressero co' zii, o colle zie, sia che concorressero tra di essi. Or come dedurre mai la restrizione della rappresentazione, da espressioni, che ne sono puramente estensive? - Ma ciocchè dimostra sino all'ultimo grado di evidenza, che l'articolo 742 (663) non è tassativo, si è, che indipendentemente dai due casi, che vi sono preveduti, l'articolo 751, secondo che noi l'abbiamo veduto, ne prevede un terzo, quello in cui de' fratelli, e delle sorelle sono in concorso col padre, e colla madre, o col padre o colla madre solamente della persona morta, e che in questo caso chiama nominativamente i loro discendenti alla porzione, che loro è devoluta.

» Finalmente se potessero restare ancora de' dubbj su tale oggetto, sarebbero interamente dissipati dalla esposizione de' motivi della legge decisi nel consiglio di stato.

» Noi abbiamo creduto (dice l'oratore incaricato di presentare questi motivi al corpo legislativo) che la rappresentazione doveva essere sempre ammessa, nella successione di un zio, in favore de' discendenti da' fratelli, e dalle sorelle.

» Queste espressioni sono chiare, e precise; non lasciano luogo ad alcuna distinzione possibile. La rappresentazione è sempre ammessa nella successione di un zio, in favor de' fratelli, e delle sorelle. Essa deve dunque aver luogo nel caso in cui sono in concorso con un figlio naturale, come ha luogo quando sono in concorso coi zii, e colle zie, o concorrono tra di essi.

» Tuttocciò è nettamente espresso dall'oratore del Governo in quella parte del suo discorso, in cui si spiega sopra i dritti de' figli naturali. I loro dritti, esso dice, sono regolati con saggezza; più estesi quando il loro padre lascia de' collaterali, più ristretti quando lascia de' figli legittimi, de' fratelli, e de' discendenti.

» Malgrado tutto ciò i parteggiani del sistema contrario non sono ancora convinti. La rappresentazione, essi continuano, non ha luogo, che tra eredi, ed i figli naturali non sono eredi. Essi non sono chiamati, che a titolo di successione irregolare.

» Ma dapprima ove mai si è veduto, che la rappresentazione non ha luogo, che tra eredi? L'articolo 742, (663) dice, che la rappresentazione è ammessa in favor de' figli, e de' discendenti de' fratelli, e delle sorelle; ma non dice, che tra essi solamente avrà il suo effetto, e che non potranno opporla a de' terzi. I figli de' fratelli, e delle sorelle cessano forse di essere eredi del defunto, perchè sono in concorso con un figlio naturale? E se non cessano di essere eredi perchè le regole delle successioni cesserebbero in rapporto ad essi? Perchè mai la rappresentazione non conserverà in loro vantaggio tutta la sua efficacia?

» Che importa, che il figlio naturale sia chiamato a titolo di successione irregolare? Se la successione è irregolare in rapporto ad esso, giacchè l'azzardo della sua nascita lo ha situato fuori della famiglia, non è irregolare in rapporto alli nipoti, ed alle nipoti eredi legittimi del defunto. E come mai il figlio naturale potrebbe opporre alla regolarità del loro titolo la irregolarità del suo?

» È egli ben vero del resto, che il figlio naturale non è erede? Senza dubbio egli non ne ha il titolo, giacchè questo titolo suppone de' rapporti, ed una continuazione di dritti, di onori, di prerogative, che egli non ha, e non può avere. Ma se i figli naturali non hanno la qualità di eredi, hanno però un vero dritto ereditario nella successione del loro padre, e della loro madre. Quindi, e come l'hanno molto giudiziosamente osservato i primi giudici, la loro parte si compone di una quota della porzione ereditaria; locchè suppone necessariamente in loro favore una riserva, come in favore de' figli legittimi; e perciò ai termini dell'articolo 760 (676) sono obbligati a conferire come gli altri eredi. Finalmente in caso di premorienza del figlio naturale, i suoi figli, ed i suoi discendenti possono reclamare i suoi dritti. Dunque la rappresentazione è ammessa in suo favore. E se la rappresentazione è ammessa in suo favore contra gli eredi legittimi, come non lo sarebbe in favore degli eredi legittimi contra il figlio naturale?

» La discussione della legge al consiglio di stato, e l'esposizioni de' suoi motivi al corpo legislativo non lasciano niun dubbio su questo punto. Si vede in effetti nella discussione al consiglio di stato, che l'articolo del progetto del codice corrispondente all'articolo 750 non accordava ai figli naturali, che un credito sopra i beni del loro padre, e della loro madre morta; e il signor Jolivet osservò, che questo articolo sembrava in contradizione con articolo 43 (oggi l'art. 757) che dava una quota ereditaria al figlio naturale; che il console Cambaceres domandò, che si evitasse la parola di credito; che si limitasse a dichiarare, che i figli naturali non erano eredi; ma che la legge loro accordasse un dritto sopra i beni del loro padre. Correzione che fu adottata, come quella che è in più armonia colle altre disposizioni del codice. Secondo questo spirito, nella esposizione de' motivi della legge, sotto al titolo delle donazioni, il signor consigliere di stato Bigot presentò al corpo legislativo il dritto de' figli

naturali sopra i beni del loro padre, e della loro madre, come un dritto di partecipazione alla loro successione.

» Niun dubbio dunque, che se i figli naturali per onor del matrimonio, non hanno il nome di eredi, nome che loro è stato negato per restringere i loro dritti, e non per accrescerli, essi non ne abbiano l'effetto, in quanto alla porzione, che la legge loro deferisce sopra i beni del loro padre, o della loro madre; e che quindi i principj generali in materia di successioni, non siano loro applicabili, quando si trovano in concorso cogli eredi legittimi del defunto.

» In una parola: di due cose l'una: o il figlio naturale è erede, o non lo è. S'egli è erede, come mai può sperare di sottrarsi alle regole ordinarie delle successioni? Se egli non lo è, con qual dritto ardisce egli mai d'impugnare de' principj, che sono stabiliti nel solo interesse degli eredi, e che gli sono per conseguenza estranei?

» Noi non dobbiamo che rispondere ad un ultimo argomento tratto dalla presunta affezione del defunto. Dicesi, che le successioni sono deferite dal dritto civile su questa presunzione di affezione: or non si può negare, che l'affezione di un padre sia maggiore per un figlio naturale, che pe' nipoti, o per i pronipoti. Dunque la legge ha dovuto preferire il figlio naturale ai nipoti, o ai pronipoti.

» Senza dubbio l'affezione di un padre deve essere maggiore pel suo figlio naturale, che pei suoi nipoti, e pronipoti. Si potrebbe sino giungere a dire, senza timore di essere contraddetto, che l'affezione dev' essere maggiore per lui, che per i suoi fratelli, e sorelle, ed ancora maggiore pei suoi figli legittimi stessi, giacchè questa distinzione di legittimi, e di naturali non è nella natura, ma solamente nella legge. Egli è principalmente molto naturale il pensare, che un padre deve mettere il suo figlio naturale fuori di ogni paragone con dei successibili de'gradi i più lontani; e ciò non ostante il figlio naturale in concorso con dei figli legittimi non ha, che una debole porzione de' dritti, che avrebbe avuto se avesse egli stesso gli onori della legittimità; in concorso co'suoi fratelli, e colle sue sorelle egli non ha che la metà della successione, ed è privato di un quarto della medesima anche quando è in concorso co' successibili di gradi i più lontani. E perchè ciò? perchè se al legge consulta per deferire una successione le affezioni presunte del defunto, ciò avviene inquantochè queste affezioni si rinchiudono nell' ordine delle istituzioni sociali, e che invece di favorirle, allorchè se ne allontanano, cerca per l'opposto di reprimerle, e richiamar coloro, che fossero disposti ad allontanarsene dai principj di ordine e di morale, che fanno la felicità delle famiglie, e la prosperità dello stato. Lungi dunque che si possa argomentare dall' affezione presunta de' padri pe' loro figli naturali, la cura che prende la legge di combatterla, e di moderarla è perfettamente in favore degli eredi legittimi. Tutti i motivi allegati per pretendere che non si può opporre la rappresentazione ai figli naturali sono dunque distrutti, ed in virtù del ravvicinamento de' diversi articoli, e mediante talune considerazioni tratte dal suo spirito, e dal suo testo.

» Resta dunque il sistema di combinazione degli art. 739, 742 e 757.

» E ciò che prova che questo sistema è giusto, si è che la rappresentazione è in effetti stabilita ne' termini i più positivi in ogni successione regolare (art. 752,) e che quando una successione trovisi nel tempo stesso regolare, ed irregolare, non bisogna che conbinare le disposizioni di questi diversi articoli per la loro esecuzione. Quindi se un fratello concorre co' discendenti del figlio naturale, la rappresentazione ammessa in lor favore dall' art. 759, lo è ancora per reciprocanza, se i figli de' fratelli concorrono col figlio naturale.

» De' discendenti del figlio naturale concorrono essi co' discendenti de' fratelli? La rappresentazione è ammessa pe' primi? dee esserla egualmente pei secondi. Concorrono forse de' nipoti con un zio, e con un figlio naturale? quest' ultimo non ha, che la metà, che gli è riserbata dall' art. 757 e l'altra metà è divisa tra il zio, ed i nipoti, ai termini dell'art. 742, rappresentando il loro padre.

» Finalmente è nella specie ciò che pro-

va sino all'ultimo grado di evidenza, che i nipoti del defunto venivano alla sua successione per dritto di rappresentazione del loro padre, e della loro madre, si è che essi dividevano *per stirpes*, e che secondo l'art. 743 la divisione si opera *per stirpes*, ne' casi in cui la rappresentazione è ammessa.

» Niun dubbio dunque, che la rappresentazione abbia luogo in tutti i casi in favor del rappresentante di fratelli contra il figlio naturale.

» I motivi che hanno servito di base alla fissazione de' dritti de' figli naturali in concorso de' loro fratelli, o loro discendenti, e le contradizioni, e le inconseguenze che presentarebbe il sistema contrario fan divenire chiarissima questa verità.

» Ed in primo luogo qual'è il motivo che nell'art. 757 ha determinato il legislatore a ridurre la quota del figlio naturale alla metà di una quota di figlio legittimo, allorchè fosse in concorso con de' fratelli, o sorelle del defunto?

» Noi lo apprendiamo dal processo verbale della discussione del codice. Nel progetto dell'art. 757. si proponeva questa riduzione in favor degli ascendenti, e si assomigliavano i fratelli, e le sorelle ai parenti i più lontani. Fattasi lettura di questo articolo, e riferito nel processo verbale, il signor Maleville dice « Che i tre quarti della porzione ereditaria sono troppo per i figli naturali, allorchè sono in concorso co' fratelli, e colle sorelle del defunto; che d'altronde l'articolo non è concordante colla disposizione, che regola il concorso nelle successioni tra gli ascendenti, ed i fratelli » Il console Cambaceres propone di non accordare a' figli naturali » che la metà della quota ereditaria, quando esistono de' fratelli e delle sorelle del defunto » L'articolo è adottato coll'emenda del console.

» È dunque per mettere questo articolo in armonia con quello che regola il concorso nelle successioni tra i discendenti, ed i fratelli, che si è esteso a' fratelli il dritto, ch'erasi proposto in favore degli ascendenti, di far ridurre la parte del figlio naturale alla metà di una quota di figlio legittimo: or i discendenti de' fratelli concorrono al pari che i fratelli stessi, e per la stessa porzione col padre e colla madre della persona morta senza posterità legittima.

» Gli art. 748 o 741 sono formali su di questo oggetto. Ogni armonia sarebbe dunque distrutta fra questi articoli e l'art. 757 se quest' ultimo articolo non conferisse loro gli stessi dritti; e lo scopo della legge sarebbe mancato.

» Ma ciò che compie di distruggere il sistema del figlio naturale si è, che conduce necessariamente ad una conseguenza assurda.

» L'art. 757 non gli accorda, che la metà della successione allorchè concorre cogli ascendenti, come quando concorre co' fratelli, e colle sorelle. Se dunque il defunto avesse lasciato un ascendente, il figlio naturale non potrebbe aver dritto, che ad una metà.

» Ora nei termini dell'art. 750 l'ascendente è egli stesso escluso da' nipoti, e dalle nipoti discendenti da' fratelli, e dalle sorelle. » In caso che fossero premorti il padre e la madre di una persona, che muoja senza prole, è detto in questo articolo, i suoi fratelli, le sorelle, o i loro discendenti sono chiamati alla successione, ad esclusione degli ascendenti » I discendenti de' fratelli, e delle sorelle, che secondo il sistema, che noi combattiamo, non avrebbero dritto, che ad un quarto, se non vi fossero ascendenti, avrebbero dritto alla metà, se un ascendente esistesse. L'ascendente opererebbe dunque contra il figlio naturale una riduzione, cui non profitterebbe, dappoicchè sarebbe escluso da' nipoti, e questi profitterebbero di una riduzione, che non sarebbero stati capaci di operare da per se stessi. Egli è impossibile di vedere un assurdo più manifesto.

» Questa osservazione veramente decisiva, non è sfuggita al magistrato, che dopo di essersi cooperato alla redazione del codice civile, ha pubblicato l'analisi della discussione, che si è fatta al consiglio di stato (il signor Maleville).

» Ecco in qual modo si spiega su di questo articolo 757: » Il nostro articolo non parla, che de' fratelli, e delle sorelle. Ne siegue forse, che i nipoti, e gli altri discendenti de' fratelli, e delle sorelle premorte,

non debbano avere, che una parte della successione, allorchè si trova un figlio naturale del defunto? Io non lo credo affatto. Per non ripetersi inutilmente, la legge nel nostro articolo ha parlato de' fratelli, e delle sorelle; subitocchè con un'articolo formale, essa ha detto una volta, che la rappresentazione avrebbe sempre luogo in favore de' discendenti de' fratelli, e delle sorelle, ne siegue, che questi discendenti debbono avere gli stessi dritti in tutta la successione, in difetto di loro autori. E d'altronde il nostro articolo accorda a tutti gli ascendenti la metà de' beni in concorso di un figlio naturale, ma non sarebbe forse assurdo il supporre, che la legge avesse voluto negare ai discendenti de' fratelli, o delle sorelle ciocchè essa accorda a degli ascendenti, che questi discendenti escludono nelle altre successioni?

» Supponiamo ora, che invece di un'ascendente, esista un zio che sia in concorso co' nipoti, e noi vedremo una contraddizione grandissima risultare dal sistema, che noi conbattiamo. Il zio in effetti ridurrebbe il figlio naturale alla metà: ma il zio non esclude i nipoti. I nipoti profitterebbero dunque di questa riduzione. Per con qual titoto ne profitterebbero essi? Egli è evidente, che ciò non avverrebbe in virtù di un dritto, che il loro zio loro conferirebbe, ad una successione, alla quale egli stesso non ha altro dritto se non quello, che la legge gli accorda; ma che essendo superati in grado dal loro zio, non potrebbero venire, che a titolo di rappresentazione ad una successione, ch'egli otterrebbe solo senza di essi.

» I nipoti nel sistema, che ci è opposto avrebbe dunque dritto alla metà, o al quarto; rappresenterebbero, o non rappresenterebbero il loro padre, secondochè sarebbero, o non sarebbero in concorso con un zio.

» Si pretenderebbe forse, che in questo caso si dividesse la successione in tante parti, per quante stirpi vi sono, e che non gli si accordasse, che metà della parte nella quale concorresse col zio, ed i tre quarti di quella, nella quale concorresse co' nipoti?

» Ma in primo luogo questa interpetrazione resiste ai termini stessi dell'articolo, 757 il quale prescrive indistintamente la riduzione alla metà tutte le volte, che vi sono de' fratelli.

» Bisognerebbe in seguito pervenire sino a divorar questa novella contraddizione di dividere per stirpi, affin di escludere il principio della rappresentazione; mentrecchè il codice civile prescrive nel solo caso della rappresentazione la divisione per stirpi, e per lo solo effetto della rappresentazione i nipoti possono venire alla successione, in concorso col loro zio.

» Un altra inconseguenza, che risulterebbe dal sistema adottato dalla decisione, si è che relativamente al figlio naturale, i nipoti rappresenterebbero i loro padri per una parte, e non li rappresenterebbero per l'altra parte; ch'essi li rappresenterebbero per lo quarto, al quale si vogliono restringere, e non li rappresenterebbero per l'altro quarto, al quale i loro padri avrebbero dritto, se vivessero; e che relativamente ai successibili tra di loro, il rappresentante rappresenterebbe, e non rappresenterebbe simultaneamente il rappresentato, il che farebbe sperimentare il disvantaggio della rappresentazione e della non rappresentazione agli stessi eredi nella divisione della medesima successione.

» Un esempio renderà più chiaro quest' ultimo risultato.

» Pietro è morto, lasciando per suoi eredi cinque nipoti; cioè, quattro figli di Giovanni suo fratello, ed un figlio di Giacomo altro suo fratello.

» Egli ha parimente lasciato un figlio naturale.

» Nel sistema della rappresentazione (sia in rapporto al figlio naturale, sia in rapporto ai nipoti tra di loro) i cinque nipoti avranno la metà della successione.

» In questa metà, il figlio di Giacomo prenderà un quarto sul tutto. E de' quattro figli di Giovanni ciascuno prenderà la sedicesima parte.

» Nel sistema della non rappresentazione (cioè nel caso in cui i cinque nipoti venissero *per capita* alla successione del loro zio), il figlio naturale prenderebbe le tre quarte parti.

» Ed i cinque nipoti dividerebbero, ad

eguali porzioni l'altra quarta parte; locchè importa, che ciascuno di essi avrebbe una ventesima parte.

» Finalmente nel supposto sistema della non rappresentazione, relativamente al figlio naturale, e della rappresentazione tra di essi;

» Il figlio naturale prenderebbe le tre quarte parti.

» Il figlio di Giacomo per effetto della rappresentazione prenderebbe la metà del quarto, cioè un'ottavo, e de' quattro figli di Giovanni ciascuno avrebbe una quarta parte sull' ottavo, che resta; cioè una trigesima, invece della vigesima, che loro apparterrebbe, se la rappresentazione non fosse ammessa in favor de' figli, e discendenti de' fratelli e delle sorelle.

» Ond'è, che avrebbe luogo una duplice riduzione pei figli di Giovanni.

» Prima riduzione sul quarto della porzione, che ad essi spetta insieme col figlio di Giovanni, giacchè non sarebbero considerati come rappresentanti il di loro padre relativamente al figlio naturale.

» Seconda riduzione sulla trentaduesima parte, invece della vigesima, nella divisione di questa parte tra di essi, ed il figlio di Giacomo, giacchè in rapporto a quest'ultimo, sarebbero considerati come rappresentanti il di loro padre, e non avendo dritto tutti e quattro che alla quota, che sarebbe spettata al di loro padre nella successione.

» Finalmente un'ultima contradizione, che noi abbiamo di già fatto osservare, si è, che il figlio naturale potrebbe opporre la rappresentazione ai nipoti, ed ai discendenti de' fratelli, mentre che questi non potrebbero opporgliela; in modo, che il figlio naturale si ritroverebbe situato in una posizione più favorevole degli eredi legittimi; quando per l'opposto la legge si mostra costantemente attenta a conservare la legittimità degli onori, e delle preferenze che gli sono dovute.

» Conchiudiamo dunque, che il sistema del figlio naturale non presenta, che contradizioni, inconseguenze, ed antinomie, mentrechè quello della rappresentazione, il cui effetto è di surrogare i figli ne' diritti de' loro padri, è conforme alla natura, alla legge, e all' ordine pubblico.

» Quindi è stato adottato da tutti gli uomini, che sono stati chiamati a concorrere all' opera importante della nostra novella legislazione, e di tutti coloro, che in seguito hanno fatto delle sue disposizioni l'oggetto abituale delle loro meditazioni. Noi abbiamo di già invocato il sentimento del signor Maleville. Il signor Chabot, che come tribuno ha parimente cooperato alla redazione del codice, professa la stessa dottrina nel commentario, che ha pubblicato sul titolo delle successioni.

» Il signor Merlin, dal quale noi abbiamo tratto la maggior parte de' nostri argomenti, esamina la quistione nel suo novello repertorio con quella forza di logica, che in lui si conosce, ed appoggia la sua opinione con quella egualmente profonda di un magistrato della corte di cassazione. Finalmente locchè è più decisivo, il signor consigliere di stato Treilard, interpetre del pensiero del legislatore, non esita un momento nella esposizione de' motivi della legge, a situar nella stessa linea i fratelli, ed i discendenti de' fratelli, allorchè trattasi di regolare i diritti de' figli naturali.

» Speriamo dunque, che la corte di cassazione unendo ad una dottrina così imponente l'autorità delle sue decisioni, fisserà in un modo invariabile la giurisprudenza su di una quistione così importante per l'interesse della società, e delle famiglie.

» Il signor Giraud avvocato generale ha conchiuso per l'ammissione del ricorso. — Questo magistrato ha principalmente ricordato l'autorità del signor Merlin nel suo repertorio di giurisprudenza sotto la parola rappresentazione, sez. 4, §. 8.

» *Decisione*. — Attesochè la legge ha stabilito separatamente un'ordine per le successioni ordinarie, ed un ordine per le successioni irregolari, ch'essa le ha racchiuse nelle prime sezioni de' capit. 3 e 4 del libro 3, tit. 1. del cod. civile, non può essere quindi quistione nella specie, in cui trattasi di successione irregolare, de' principj generali di rappresentazione; — Che l'esistenza de' discendenti, ascendenti, e fratelli, e sorelle essendo l'unico termine di demarcazione indicato dall' art. 757 della sezione prima del

cap. 4 precitato, la corte imperiale di Parigi rinviando in possesso Narciso Pigeaux figlio naturale legalmente riconosciuto in una parte de' beni lasciati da suo padre, lungi dal controvenire ad alcuna legge, si è anzi conformata alle disposizioni dell'art. 757. Rigetta. »

» §. 27. Se i figli o discendenti da' fra- » telli o dalle sorelle si trovino in grado egua- » le, succederanno tutti in *capi* senza rap- » presentazione. *Art.* 664. *Leg. civ.*

La stessa 2. Consuetudine napoletana di cui si è fatto parola nel §. precedente nel §. *Quod autem* ammetteva la successione *in stirpem* dei figli, e discendenti dai fratelli, o dalle sorelle.

» Quod autem dictum est in fratribus, nepotibus, pronepotibus, et pronepotibus fratrum praemortuorum, et deinceps, eis non extantibus, intelligendum est de aliis in ulterioribus gradibus existentibus agnatis, vel cognatis. Et in praemissis appellatione fratris soror non continetur, praeterquam si soror partem, ut unus ex fratribus habuisset de bonis parentum, tunc enim ipsa soror ejusdem conditionis est quo ad praedicta ac si esset masculus, et ejus filii descendentes habentur quod ad id sicut filii, et alii descendentes ex masculis. » *Consuet.* 2. *Si quis, vel si qua* §. *Quod autem*.

» §. 28. In tutti i casi ne' quali la rap- » presentazione è ammessa, la divisione si » farà per *istirpi*. Se in una medesima stirpe » vi sieno più rami, la suddivisione si farà » anche per istirpi in ciascun ramo: e fra » gl'individui del medesimo ramo la divisio- » ne si farà per capi. *Art.* 665. *Leg. civ.*

» Risulta, dice Maleville, da questo articolo combinato cogli articoli 740 742 (art. 661 e 663) che i nipoti, e figli in primo grado venendo alla successione del loro avo, soli e senza concorso di alcun figlio superstite, dividono sempre l'eredità per istirpe; cioè che tre nipoti *ex filio* venendo da un medesimo padre non avrebbero tutti, che quella porzione la quale toccherebbe ad un solo nipote *ex filio* che venisse da un altro padre. Lo stesso dicasi de' nipoti di diversi rami, venendo soli alla successione del loro zio.

» La giurisprudenza era ben tale nel caso de' nipoti *ex filio*, sebbene alcuni avessero sostenuto il contrario, come Azon alla Nov. 118 e Ferrieres alla questione 134. Ma riguardo a' nipoti la cosa procedeva diversamente; poichè dividevano per capi. Lebrun delle successioni lib. 1. cap. 1. sez. 4. n. 11. Serres Istit. p. 409. Rousseaud alla parola *successione* sez. 3. n. 5. Tale ancora era la disposizione espressa dell'art. 321. della consuetudine di Parigi.

» Si propose di mantenere la regola della divisione per capi in favore de' nipoti, ed anco di estenderla a' nipoti *ex filio*, quando venissero soli alla successione, e senza concorso di figli. Vi è infatti parità di ragione, e sembra che ripugni alla natura ed all'equità, che quattro o cinque nipoti *ex filio* abbiano da un canto tutti insieme tanto quanto ne avrà dall'altro canto un solo nipote *ex filio*; e ciò senza necessità veruna, poichè è inutile il ricorrere alla rappresentazione allorchè non vi ha alcuno che concorra o alcuno che possa essere escluso.

» Venne risposto che il figlio del figlio o il nipote non dovea patir danno dalla morte del padre suo, e che era sua sventura se era nato solo e senz'altri fratelli. Ma si poteva soggiungere, che nemmeno dovevano essere puniti dall'altro canto molti figli, o molti nipoti per trovarsi insieme in gran numero, volendo oltrecciò l'equità di accordo colla politica, che si presti soccorso alle famiglie numerose, quando ciò si possa fare agevolmente. Conchiudiamo che non vi era in effetto un grande motivo per allontanarsi dalle regole ordinarie. *Maleville. Osservazione all'art.* 743 *del cod. civ.*

» Vi è una specie di rappresentazione, dice inoltre Pothier, che non ha altro effetto che di far dividere la successione per stirpi e non per capi; cioè quando più nipoti nati da differenti figli o figlie tutte premorte, vengono insieme alla successione del loro avo. Non può farsi luogo in questo caso alla rappresentazione ad effetto di succedere: tutti questi nipoti essendo in egual grado non hanno bisogno del soccorso della rappresentazione per concorrere insieme alla successione del loro avo; ma si fa luogo alla rappresentazione ad effetto di dividere; poichè nella divisione i nipoti nati da ciascuna delle diffe-

renti stirpi, rappresentano tutti insieme la stirpe dalla quale essi sono nati, e non prendono tutti insieme che la parte, la quale avrebbe avuta la detta stirpe, se essa fosse stata quella che fosse succeduta. Questa distinzione delle differenti specie di rappresentazione serve a decidere la questione seguente.

» Una persona lascia morendo due figli, che rinunciano l'uno, e l'altro alla sua successione: essendo stata di poi riconosciuta opulente questa successione per un ritorno di vascelli, che si credevano perduti, quattro nipoti del defunto si presentano per raccoglierla: tre de' suoi nipoti sono i figli di uno dei figli che ha rinunciato, ed il quarto è il figlio unico dell' altro figlio, che ha parimenti rinunciato: divideranno essi la successione per stirpi, di maniera che uno dei nipoti, figlio unico di uno dei figli, abbia solo la metà, e l' altra metà si abbia dagli altri tre tutti insieme? Se non vi fosse altra rappresentazione che quella ad effetto di succedere, non si potrebbe dire che essi succederebbero per dritto di rappresentazione; perciocchè la rappresentazione ad effetto di succedere consiste nel far entrare i nipoti nel grado che occupava il loro padre, ciò che non si può in questo caso; mentre essendo i padri di questi nipoti viventi, ed occupanti il loro grado, questo è il caso della massima che non si può rappresentare un uomo vivente. Che se questi nipoti non succedono per dritto di rappresentazione delle stirpi dalle quali sono usciti, seguirebbe che essi dovrebbero dividere la successione *in capita* per capi.

» Da un altro lato è sorprendente che una successione non si divida in altra guisa che per stirpi, quando dei nipoti di differenti stirpi succedono.

» La conclusione di tutto ciò è che, per verità, in questo caso non si fa più luogo alla rappresentazione ad effetto di succedere; ma si fa luogo ad un'altra specie di rappresentazione ch'è ad effetto di dividere. La massima che non si rappresenta un uomo vivente ha luogo nel primo caso di rappresentazione; poichè non si può succedere ed entrare nel grado di un uomo vivente che l' occupa; ma niente non impedisce che nella rappresentazione la quale non ha luogo che ad effetto di dividere si rappresenti un uomo vivente; vale a dire che dei nipoti di differenti figli i quali hanno rinunciato, rappresentino il loro padre nella divisione, ad effetto che quelli i quali sono nati da ciascuno dei detti figli prendino tutti insieme la stessa parte che avrebbe presa il loro padre, se era il loro padre che fosse succeduto. *Pothier. Trat. delle successioni. Vol.* 1 *cap.* 2 *sez.* 1 *art.* 1 §. 4.

Finalmente Chabot dell'Allier distingue le divisioni per capi, e per stirpe, quando più coeredi concorrono per rappresentazioni. Ei dice.

» La divisione per capi ha luogo allorchè tutti gli eredi sono nello stesso grado, e vengono per proprio dritto alla successione. Allora ciascun di essi avendo de' dritti eguali, gli è dovuta una eguale porzione.

» La divisione si fa per istirpe, allorchè un solo, o molti de' coeredi vengono per rappresentazione, perchè tutti gli eredi che succedono mercè la rappresentazione non possono avere congiuntamente, che la porzione di colui, ch' eglino rappresentano.

» La divisione ha dunque luogo per istirpe in tutt' i casi, in cui la rappresentazione è ammessa, ed in tutte le successioni, in cui tutti gli eredi non vengono per proprio dritto.

» Tali sono le disposizioni del codice civile.

Esempio.

» Giovanni, e Pietro dividono per capi

la eredità di Gilbert loro padre, poichè vi concorrono per proprio dritto.

» Se Pietro fosse morto prima di Gilbert la divisione si opererebbe per istirpe, attesocchè Antonio, e Giorgio venendo per rappresentazione del loro padre alla successione di Gilbert loro avo, non avrebbero dritto congiuntamente, che a quella porzione, che a Pietro di loro padre sarebbe spettata. Eglino avrebbero dunque tutti e due la metà dell'intero asse, in luogo di averne due terzi concorrendo col di loro zio Giovanni, se la divisione avesse avuto luogo per capi.

» Se Pietro, ed Antonio fossero morti prima di Gilbert la successione di questi si sarebbe divisa per istirpi tra il ramo di Giovanni, ed il ramo di Pietro. Giovanni egli solo avrebbe la metà, tutti i discendenti di Pietro che sono Giorgio, Giacomo, e Bartolomeo, non avrebbero dunque insieme, che l'altra metà. Questa metà si suddividerebbe anche per istirpe tra'l ramo di Antonio, ed il ramo di Giorgio, e siccome il ramo di Antonio è composto di due persone Giacomo, e Bartolomeo, eglino non avrebbero, che la metà della quota devoluta al ramo di Pietro, ciocchè formerebbe il quarto della totalità, che se lo dividono tra essi egualmente; giacchè tanto l'uno, che l'altro sono dello stesso ramo, e l'altro quarto apparterrebbe a Giorgio in qualità rappresentante per metà Pietro suo padre.

» Quindi dell'eredità di Gilbert, Giovanni avrebbe la metà, Giorgio il quarto, e Giacomo, e Bartolomeo avrebbe ciascuno l'ottava porzione.

» Egli sembrerebbe, che i discendenti in linea diretta allorchè si trovano tutti in gradi eguali non avrebbero bisogno di rappresentazione per succedere al loro autore comune e che essi dovrebbero venire tutti per proprio dritto, ed in conseguenza dividere per capi.

» Ma se essi dividerebbero per capi, e non per istirpe, ne risulterebbe, che non sarebbe più conservata l'eguaglianza tra i rami, poichè nel sopra esposto esempio, Antonio, e Giorgio venendo in concorso con Matteo avrebbero i due terzi nella eredità; abbenchè il loro padre non avrebbe preso che la metà, se sarebbe sopravvissuto, e Matteo avrebbe il terzo ad onta, che il padre avrebbe preso egli solo la metà se fosse vissuto.

» Gilbert avendo lasciato due figli, Pietro, e Giovanni, egli è giusto, che la metà della sua successione appartenga a Giovanni, ed a suoi discendenti, e che Pietro, ed i suoi discendenti non abbiano, che l'altra metà. Qualunque sia il numero de' discendenti in un ramo, siccome essi non vengono, che come rappresentanti l'autore di questo ramo, eglino non debbono avere congiuntamente, più di quello, che avrebbe avuto egli stesso.

» Il codice civile ha una disposizione precisa a tal riguardo: egli dispone (740) (661), che in linea retta discendentale la rappresentazione è ammessa in tutt' i casi, sia che i figli del defunto vi concorrono con un discendente di un figlio premorto, sia che tutt' i figli del defunto essendo morti prima di lui, i discendenti de' detti figli si trovano tra essi in gradi eguali, o ineguali.

» Quest' è anche la disposizione del dritto romano: *Nepotes ex diversis filiis varii numeri avo succedentes ab intestato non pro virilibus portionibus, sed ex stirpibus succedunt*. L. 2 C. de suis et legit. Nov. 18 cap. 1.

» Ma il dritto romano aveva una disposizione differente in riguardo ai nipoti di molti rami, chiamati alla divisione della successione del loro zio. La *L. 2. §. 2. ff. de suis et legit. haer.* voleva, che i figli di molti fratelli e sorelle succedessero per capi secondo il numero, e non *per istirpes*.

» *Haec haereditas proximo agnato, id est ei, quem nemo antecedit, defertur, et si plures sint ejusdem gradus omnibus in capita scilicet: ut puta duos fratres habui, vel duos patruos: unis ex unus filium, alius duo reliquit. Haereditas mea in tres partes dividitur.*

» Intanto la Novella 127 avendo accordato a' figli de' fratelli del defunto il dritto di rappresentazione, vi era stata scissura tra' comentatori sulla quistione di sapere, se il dritto di rappresentazione, che surrogava i nipoti nel luogo de' loro padri doveva, o nò operare la divisione per istirpe della successione del loro zio.

» L'opinione di Accursio, di Dumolin, e del presidente Fabro era per l'affermativa.

» Il parere contrario sostenuto da Azone, lo era stato dal più gran numero de' giureconsulti, e principalmente da Domat, Lebrun, e Pothier. Era stato in tal modo adottato da molti statuti ed in principale da quelli di Parigi, e d'Orleans. La giurisprudenza di quasi tutt'i tribunali vi si era uniformata, e fuvvi anche un'arresto a tal riguardo in forma di regolamento del parlamento di Parigi del 3 dicembre 1556.

» Egli era dunque generalmente ricevuto, che i nipoti venivano per capi alla successione del loro zio allorchè i loro genitori erano premorti.

» I redattori del codice civile han preferito l'opinione di Accursio, cioè la divisione per stirpe. (*Le nostre leggi civili art.* 663 *hanno ritenuta la giurisprudenza di Azone; cioè che quando figli o discendenti di fratelli o sorelle vi esistono succederanno tutti in capi senza rappresentazione. Vedi* §. 26.)

» Egli dispone nell'articolo (742) (663) che in linea collaterale la rappresentazione è ammessa in favore de' figli, e discendenti de' fratelli, o delle sorelle del defunto, sia, ch'essi concorrono alla successione co' loro zii, e zie, sia che tutti i fratelli, e sorelle del defunto essendo premorti, la successione si trova devoluta a'loro discendenti in gradi eguali, o ineguali.

» Quest'ultima parte dell'articolo comprende i nipoti, che vengono alla successione del loro zio, allorchè i loro genitori sono premorti, e l'articolo (743)(665) dice espressamente, che in tutt'i casi, in cui la rappresentazione è ammessa la divisione si farà in istirpe.

» Egli è giusto in fatti, che i discendenti di un fratello, non abbiano più de' discendenti di un'altro fratello nella successione del loro comune zio. E poichè si era generalmente ammesso nell'antica giurisprudenza, che i discendenti di un'altro figlio nella successione del loro avo comune, avessero vantati dritti eguali, egli era contraddittorio il non applicare la stessa regola a discendenti de' fratelli. Tanto gli uni, che gli altri, l'equità esige egualmente, che abbiano la stessa porzione che avrebbero avuto i loro genitori, e non evvi ragione alcuna da esser più favoriti i nipoti, che i discendenti da fratelli, o sorelle.

» Si era anche agitata la quistione per sapere se allorchè un padre lasciava molti figli, e ciascun di questi de' nipoti, e che i figli rinunciavano, i nipoti dovevano dividere per capi la successione del loro avo, ovvero in istirpe?

» Lebrun, e Pothier sostenevano, che la divisione doveva aver luogo per istirpe.

» Ma la lor' opinione è formalmente contraria alla regola, che noi di già abbiamo stabilita, e che da essi è ammessa, secondo la quale non si può rappresentare l'erede che ha rinunciato, poichè non si può giammai rappresentare una persona vivente.

» Ed in effetti se i nipoti non possono nella successione del loro avo rappresentare i loro genitori, che hanno rinunciato a questa successione, essi non possono concorrervi che per proprio dritto, ed in ogni successione, in cui tutti gli eredi vengono per proprio dritto, la divisione deve farsi tra essi per capi, imperciocchè concorrendo per proprio dritto, e trovandosi agli stessi gradi, eglino v' hanno tutti de' dritti eguali.

» In tal modo l'art. (777) (704) del codice, dopo aver detto, che non si viene mai a rappresentare un' erede, che ha rinunciato, aggiunge, che se il rinunciante è il solo erede nel suo grado, o se tutti i coeredi rinunciano, i figli vi concorrono per proprio dritto, e succedono per capi.

» Egli è di mestieri dunque riguardare come una regola generale, senza alcuna distinzione: 1.° che la divisione ha luogo per capi, allorchè tutti gli eredi vi vengono per proprio dritto, e senza rappresentazione; 2.° che la divisione ha luogo per istirpe allorchè uno solo, o più de' coeredi, vi vengono per rappresentazione, e non per proprio dritto. *Chabot dell'Allier sulle successioni cap.* 2. *sez.* 3. §. 29. » Non si rappresentano le persone » viventi ma soltanto quelle che sono morte.

» Si può rappresentare colui la di cui ere» dità sia stata ripudiata. *Art.* 666. *Leg. civ.*

» La rappresentazione, dice Pothier, consiste nel mettere i rappresentanti nel grado, e luogo della persona rappresentata, quando questo grado si trova vacante. Da ciò

segue, che si può rappresentare colui che non occupa più il suo grado, e che non si può rappresentare quello che l'occupa ancora. Da ciò è nata la massima, che non si può rappresentare un uomo vivente *representatio nunquam est de persona vivente. Molineo in not. supra Main* 241. Quindi siegue che se un padre lascia due figli, l'uno dei quali accetta la successione, e l'altro vi rinuncia, i figli di quello che ha rinunciato non possono venire col loro zio a questa successione per rappresentazione di quegli che vi ha rinunciato. Essi non possono rappresentare un uomo vivente, che occupa il suo grado nella famiglia.

» Si osservi che qui s'intende per uomo vivente colui che gode dello stato civile. Quelli che l'hanno perduto sia colla professione monastica (*Vedi la corrispondente questione nel* §.9.*in fine*) sia con una pena capitale essendo morti civilmente (*Per l'art.* 16. *dalle Leg. pen. il condannato all' ergastolo si ha come morto intestato*) non sono riguardati come uomini viventi, facendo la morte civile perder loro tutto ciò che appartiene allo stato civile, e per conseguenza i dritti di famiglia. Queste persone non occupano più il loro grado nella famiglia: il loro grado è vacante, e per conseguenza i figli di queste persone possono esservi collocati per rappresentazione.

» I figli possono dunque rappresentare il loro padre, allorchè questi è morto civilmente, come quando fosse loro premorto.

» I figli di un figlio diseredato possono essi rappresentarlo quando egli è vivente? La ragione di dubitare si è che la diseredazione avendolo privato del suo dritto di succedere, sembra ch'egli non occupi più il suo grado, e che i suoi figli possono esservi collocati mediante la rappresentazione come in un grado vacante. La ragione di decidere si è che i figli del diseredato non possono rappresentarlo allorchè è vivente: essa si desume dalla massima che non si può rappresentare un uomo vivente; che questo diseredato sebbene escluso dalla successione colla diseredazione, non è privato del suo stato civile; che egli occupa il suo grado nella famiglia dal defunto, sebbene sia egli escluso dalla successione per una ragione particolare. La rappresentazione non può dunque collocare i suoi figli in questo grado, poichè è già occupato: d'altronde egli eluderebbe la pena della diseredazione se potesse raccogliere per mezzo de' suoi figli la sua parte nella successione dalla quale egli è escluso.

» I figli del diseredato possono rappresentarlo anche quando egli è premorto? La ragione di dubitare si è che la rappresentazione consiste a far succedere i rappresentanti in luogo della persona rappresentata; ed a far loro avere la stessa parte nella successione, che vi avrebbe avuta la persona rappresentata se fosse sopravvissuto. Ora il diseredato se fosse sopravvissuto non avrebbe avuto alcuna parte nella successione a motivo della sua diseredazione; i figli che pretendono rappresentarlo non ne possono dunque pretendere alcuna, e per conseguenza inutilmente lo rappresenterebbero.

» La ragione di decidere al contrario si è che la colpa, la quale ha fatto meritare la diseredazione al diseredato, essendogli personale, la diseredazione che n'è la pena, dee essergli pure personale, e non ricadere per conseguenza su li suoi figli, nè impedir loro di venire alla successione del loro avo mediante la rappresentazione del loro padre diseredato; non essendo la diseredazione stata diretta che contro la persona del diseredato per escluderlo personalmente dalla successione, questa diseredazione rimane estinta colla sua morte. Cosa dunque può impedir loro di concorrere a questa successione? In riguardo alla objezione che si fa, che i rappresentanti non sono colla rappresentazione surrogati che ai dritti che avrebbe avuti la persona rappresentata se fosse sopravvissuto, si risponde, che i figli del diseredato hanno ciò che questi avrebbe avuto senza la diseredazione, la quale non dee più essere considerata per le ragioni spiegate di sopra.

» Tutto ciò riceve parimenti applicazione riguardo ai figli dell'indegno: vi è parità assoluta di ragione. Per questo motivo deesi parimenti decidere che i figli dell'indegno non possono succedere per rappresentazione allorchè egli è vivente, ma che possono succedere quando egli è premorto. *Pothier. Tratt. delle successioni. vol.* 1. *cap.* 2. *sez.* 1. *art.* 1. §. 2.

Delle successioni che si deferiscono ai discendenti.

§. 30. » I figli o i loro discendenti succedono al padre ed alla madre, agli avi, ed alle avole, senza distinzione di sesso, di età, ed ancorchè essi sieno procreati da differenti matrimonj.

» Essi succedono in eguali porzioni e per capi, quando sono tutti nel primo grado, o chiamati per proprio dritto. Succedono per istirpe, quando vengono o tutti o alcuni di essi per rappresentazione. *Art.* 667. *Leg. civ.*

È uniforme all'autentica di Giustiniano.

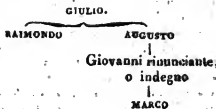
» In successione mortui patrisfamilias sive filiifamilias, liberi ejus, si sunt, omnibus aliis praelati succedunt. Primi quidem gradus (*ut sunt filii*) aequaliter (*id. pro virili*) succedunt, nepotes et ulteriores in stirpes, non distinguendo sexum, vel jura potestatis, sed sola naturali causa inspecta *Auth. ad L.* 12 *cod. de suis et legit. liberis.*

Casus. Authentica ista dicit idem cum L. C. qui in successione ab intestato potior est causa descendentium quam collateralium. Addit autem ista authentica aliquid, nam dicit, quod si decedat parterfamilias sive filiusfamilias potior est causa descendentium; et si plures sunt ejusdem gradus, ut sunt filii primi gradus, vocantur aequaliter, si diversi gradus sunt, ut sunt nepotes, vocantur in stirpes, et vocantur sublata differentia emancipationis, et patriae potestatis, et sexus et sublata differentia agnationis, et cognationis, sola naturali causa inspecta. *Accurs.*

» Questa chiamata dei discendenti del defunto, dice Toullier su la prima parte dell'articolo, ad esclusione degli altri ordini o linee è indipendente dalla prossimità del grado. Essi escludono tutti gli altri parenti ascendenti o collaterali di un grado eguale o anche più prossimo del defunto. Per esempio.

GIULIO.

RAIMONDO — AUGUSTO

Giovanni rinunciante, o indegno

MARCO

» Marco non potendo rappresentare Giovanni padre che ha rinunciato, o è stato dichiarato indegno, rimane parente di Augusto suo avo nel secondo grado. Intanto egli esclude dalla successione Giulio padre di Augusto che è al primo grado, e Raimondo fratello che è al secondo grado, perchè parenti della linea ascendentale, e quelli della linea trasversale, anche i fratelli, non sono chiamati a succedere se non nel caso in cui una persona muoja senza posterità.

» Ma se Augusto avesse lasciato molti figli e nipoti, la estenzione del dritto di ciascuno di essi, relativamente agli altri sarebbe regolata dalla prossimità del grado. Essi succedono in eguali porzioni, e per capi quando sono tutti nel primo grado e chiamati per proprio dritto: succedono per istirpe quando vengono tutti o alcuni di essi per rappresentazione. Per esempio

AUGUSTO

MARCO — CARLO che rinuncia — BRIGIDA

1.° 2.° 3.° 4.° — PAOLO — RAIMONDO — 1.° 2.°

» Marco, e Brigida sua sorella succederanno al loro padre in eguali porzioni, perchè sono nello stesso grado, e chiamati alla successione per dritto proprio. Se Brigida fosse morta, i due suoi figli rientrando nel grado della madre per effetto dalla rappresentazione, succederebbero in concorrenza con Marco loro zio; ma essi succederebbero per istirpi, e non raccoglierebbero che la porzione che avrebbe avuta la loro madre; vale a dire la metà de' beni che dividerebbero egualmente fra loro. Così ciascuno di essi non prenderebbe che la quarta parte della successione, mentre Marco ne avrebbe la metà.

» I figli di Carlo non potrebbero succedere; perchè non potendo rappresentare il loro padre, restano collocati nel secondo grado. Se Marco e Brigida fossero morti entrambi, i loro figli concorrerebbero insieme alla successione, e la dividerebbero per stirpe. Essi

raccoglierebbero gli uni la metà che sarebbe spettata a Marco per dividerla egualmente fra essi; gli altri la porzione che avrebbe avuta Brigida, per dividerla ancora egualmente fra essi. Così i figli di Marco avrebbero ciascuno l'ottava parte della successione, e quei di Brigida una quarta parte per ciascuno.

» Se Marco, e Brigida fossero l'uno e l'altra dichiarati indegni, i loro figli non potendoli rappresentare, si troverebbero nello stesso grado de' figli di Carlo. Tutti succederebbero per dritto proprio, e dividerebbero la successione egualmente e per capi. Ciascuno di essi ne avrebbe l'ottava parte.

» Del rimanente poco importa che i discendenti chiamati per proprio dritto o altrimenti alla successione di un ascendente comune, siano procreati da differenti matrimonj; essi sono egualmente tutti figli, o nipoti. Il doppio legame non può influire sul modo di succedere se non nel grado di fratello, sorella o discendenti da essi. *Toullier. Corso di dritto civile. Tomo 4. n.* 201 *a* 204.

Nella corte d'appello di Torino si esaminò il dubbio se le figlie le quali mediante una dote già ricevuta abbiano rinunciato nel contratto di matrimonio alla paterna successione, possono domandare la divisione dei beni del padre morto *ab intestato* dopo il codice novello. Con decisione de' 4 ventoso anno 13 venne accolta l'affermativa.

» *Fatto.* Per contratto di matrimonio de' 18 febbrajo 1783, 8 febbrajo 1784, e 5 messidoro, anno 10, le figlie Robasti ricevono una dote dal sig. Robasti loro padre, e per essa rinunciano a qualsiasi diritto nella di lui eredità.

» Il padre muore *ab intestato* il dì 15 messidoro anno 11, lasciando inoltre 4 figli maschi.

» Le figlie domandono divisione a parti eguali, offerendo di conferire nella massa ereditaria quanto hanno ricevuto in titolo di dote. Esse si fondano sul codice civile, che chiama tutti i figli per eguali porzioni, nel caso che il padre non abbia fatta veruna disposizione testamentaria.

» I fratelli Robasti rispondevano che le loro sorelle non sono ammissibili ad invocare il nuovo codice, perchè essendosi maritate molto tempo prima della sua promulgazione, elleno debbono stare alle leggi che si sono imposte ne' rispettivi loro contratti, e seguire quella legislazione sotto la quale han contratta la loro unione, e che formalmente l'escluse dalla successione.

» Il 12 fruttidoro anno 12, sentenza del tribunale di Torino, che,

» Considerando che la legge del 29 germile anno 11., sopra le successioni era certamente esecutoria nella ventisettesima division militare, all'epoca della morte del padre delle petenti, che avvenne il dì 15 messidoro, anno 11.;

» Che a termini dell'articolo 7 della legge del 30 ventoso, anno 12, dal giorno in cui la legge del 29 germinale anno 11, fu esecutoria, le leggi statutarie dell'inaddietro Piemonte, portanti esclusione delle figlie da ogni successione mediante la dote, hanno cessato di aver luogo;

» Ch'è di massima fondamentale che l'ordine di succedere *desumi debet ex eo jure quod viget cum successio defertur.*

» Che secondo l'articolo 718 del codice, la successione si apre per la morte naturale; ed al momento in cui si apre la successione, si apre pure il diritto di quegli, che in quel medesimo istante si trova chiamato dalla legge a raccorre l'eredità. Il morto impossessa il vivo;

» Che giusta l'articolo 745 (667) tutti i figli sono chiamati senza distinzione di sesso a succedere al loro padre;

» Che l'oggetto della nuova legge fu quello precisamente di riparare e correggere delle troppo marcate ineguaglianze, e avevo una specie d'ingiustizia, che de' riguardi politici, e il desiderio di conservare i beni nelle famiglie, onde mantener l'agnazione, avevano ammessa contro la disposizione del diritto romano, e contro il voto della stessa natura, avanti la quale tutti i figli sono eguali, e debbono avere il medesimo titolo al possesso de' beni di coloro, da cui trassero l'esistenza;

» Che la disposizione della nuova legge, semplice, chiara e letterale non lascia luogo a veruna dubbiezza o interpretazione a que-

sto riguardo: *I figli*, dic' ella, *succedono al loro padre senza distinzione di sesso*; dunque essi succedono, *ipso jure*, subito dopo la promulgazione della legge, ed al momento in cui si apre la successione; imperocchè il luogo del defunto non può rimanere vacante, nè incerta la sorte delle sue proprietà: *eglino* dunque *succedono senza distinzione di sesso*. Ogni ineguaglianza di riparazione risultante dalle esclusioni statutarie, fondate sulla diversità del sesso tra eredi di un grado eguale, è intieramente abolita; dunque il solo titolo di figlio o di figlia basta oggidì per essere successibile;

» Che nel caso attuale invano si obbietterebbe, che per la esclusione portata dalle costituzioni generali del Piemonte, e per la rinuncia fatta dalle petenti all' occasione del rispettivo lor matrimonio, mediante una dote, elleno fossero addivenute straniere alla casa paterna, e dovessero quindi considerarsi come civilmente morte per rapporto agl' interessi e regolamenti di famiglia;

» Coaciosacchè egli è costante, che la legge non avea sanzionata la esclusione delle figlie se non a favore degli eredi maschi; di modo che quando alla premorienza di questi non si presentavano altri che femine all' apertura della successione, elleno vi erano ammesse. E quanto alla rinuncia, la stessa legge statutaria considerava come sempre riservato il diritto in favore delle femine in caso di successione, che potessero essere lor deferite, a cagione della premorienza di quelli, pei quali o a favore de' quali elleno avessero rinunciato. Quindi malgrado siffatta esclusione e rinuncia, le figlie conservavano sempre dei diritti verso la loro famiglia, o almeno avevano un' aspettativa legale alla successione de' loro padri. Dunque non avevano esse perduta la qualità di successibili; ciò che basta a termini della legge, per essere ammesse alla divisione dell' eredità paterna.

» Che fatta astrazione dalle disposizioni portate dalle costituzioni, la rinuncia era, secondo il diritto romano, un atto riprovato e di niun effetto (*l.* 3. *cod. de collat.*) Che s'ella fu sanzionata dalle costituzioni, ciò non avvenne che in seguito alla esclusione delle femmine, pronunciata dal precedente titolo 7 della stessa legge.

» Che, in conseguenza di siffatta esclusione, essendo elleno, mediante una dote, private di qualunque titolo di successione, eccettuate però le eventuali, a termini dell' art. 4, tit. 15, non avevano più alcun diritto positivo e certo da poter rinunciare: che per tali motivi la suddetta rinuncia non era nè prescritta nè comandata dalla legge: che la stessa essendo stata introdotta dall' uso de' notari, ad imitazione delle altre rinuncie fatte dalle zitelle o da' giovani nel caso del loro ingresso in qualche religioso stabilimento, la legge non ne fece menzione se non che quando ella parlò di quest' ultime, sulla forma ed estensione delle quali già si sentono promuovere alcune quistioni;

» Che indi ne segue:

» 1. Che la rinuncia fatta da una figlia all' occasione del suo matrimonio non era che l' effetto della sua esclusione legale;

» 2. Ch' essa era senza oggetto e senza base, e quindi di nessun effetto e superflua, e tuttocchè approvata dalla legge; avvegnacchè non siavi chi possa *trasferire in alium jus, quod ipse non habet*;

» 3. Che questa specie di rinuncia non poteva in alcun modo essere riguardata come esplicativa della volontà della figlia, la quale sapendo essere esclusa da una legge, non doveva per conseguenza attaccarvi alcuna importanza;

» 4. Essa era divenuta inoltre una semplice formola di uso o di stile, che i notari inserivano quasi sempre, anche senza il consenso e l' approvazione delle parti contraenti.

» Che d' altronde la predetta rinuncia non potrebbe mai estendersi a dei diritti ignoti alla rinunciante medesima; a de' diritti, cui le leggi future e non prevedute le avrebbero accordati.

» Che vani sarebbero gli sforzi per dare a cotesta rinuncia la forza e l' effetto di un vero contratto, pareggiandolo ad una convenzione corrispettiva, per cui si fosse operato un cambio reciproco di diritti e di obbligazioni; perciocchè una tale asserzione sarebbe interamente smentita dall' osservazione:

» Che la rinuncia della figlia nulla aggiugneva ai diritti che appartenevano ai maschi della famiglia, in seguela della sua esclusione legale, cosicchè tanto per essi che per la figlia, quest'atto di rinuncia era ad un tempo stesso inutile e superfluo.

» Oltredicchè egli è certo che spessissimo la dote che veniva costituita alla figlia, non era punto proporzionata al patrimonio posseduto dal padre ed alla porzione ereditaria, cui essa rinunciava.

» Considerando che le suddette osservazioni servono altresì a risolvere l'altra opposizione, che si potrebbe fare all'istanza della petente; vale a dire, che ammettendole a dividere insieme co' loro fratelli l'eredità paterna, darebbesi alla nuova legge un effetto retroattivo.

» Poichè è di massima incontrastabile non esservi effetto retroattivo, se non se quando coll'applicazione della nuova legge al passato, si ledono i diritti anteriormente acquistati.

» Ora all'epoca della legge del 29 germile, quale azione, quale diritto avean'eglino i figli maschi acquistato sopra la successione e rinuncia della figlia? Forsecchè il padre, anche sotto l'impero delle costituzioni del Piemonte, non era egli padrone di vendere o dissipare il suo patrimonio? Forsecchè non gli era permesso, malgrado l'esclusione statutaria e la rinuncia della figlia, di nominarla sua erede universale, lasciando semplicemente la porzione leggittima ai suoi figli maschi? Non è egli vero che la successione di cui si tratta, si è aperta al momento della morte del padre della petente?

» Che da questo istante si misura la capacità dell'erede; che a quest'epoca la capacità coll'attrice era stata già stabilita e fissata dalla nuova legislazione.

» Quale retroattività può dunque rinvenirsi nel caso, se la legge non regola una successione aperta avanti la sua promulgazione, se la sua applicazione ad un caso posteriore non offende alcun diritto acquisito; s'ella non fa che ristabilire un'antica legge, o una regola di equità naturale, la cui pratica era stata alterata da alcuni abusi; se, regolando puramente gli effetti della legge precedente, essa cangia soltanto i diritti eventuali, che competevano ai figli maschi?

» Considerando che non si potrebbe parimente spiegare una opposizione fondata sopra l'assurdo, al quale darebbe luogo la vocazione legale della figlia alla ripartizione dell'eredità paterna, e quindi a ricevere quanto manca alla di lei dote per sua porzione ereditaria, allorchè, nella ipotesi, il padre comune dopo di aver pagata la dote, fosse morto senza lasciar nulla di attivo nella sua eredità, gli eredi non sarebbero ammissibili nelle istanze contro la loro sorella per costringerla a conferire e divider con essi la ricevuta dote, atteso:

» 1. Che la dote essendo destinata *ad sustinenda onera matrimonii*, il contratto dotale non interessa soltanto la persona del padre e della figlia sposa; ma più particolarmente quella dello sposo, che forse non avrebbe assentito al contratto di matrimonio, senza una costituzione di dote in una somma certa e precisa.

» Che non si può dunque contravvenire ad un atto validamente stipulato, ed agire a pregiudizio de' dritti dallo sposo acquistati; poichè in simil guisa adoperando, farebbesi veramente retroagire la legge sopra de' fatti passati, anteriori, di buona fe e legalmente consumati.

» 2. La nuova legge non fece che restituire alle figlie gli antichi loro diritti, che elleno ripetevano dal sangue e dalla natura: diritti ch'erano stati lesi da uno spirito di ambizione mal calcolata, la quale faceva consistere il lustro ed il decoro delle famiglie nell'opulenza e nelle ricchezze, anzichè nei talenti, nella virtù, e nel merito personale.

» Perciò non si tratta che di un benefizio accordato alle figlie, della stessa natura di quello che la legge fa ai maschi, aumendando la loro leggittima; ma *his quae pro se introducta sunt omnes licentiam habent renunciare. Leg. 41, ff. de minor. — Leg. 29, cod de pactis.*

» Dunque non evvi alcuna assurdità che una figlia accetti la successione paterna, quando questa le sia vantaggiosa; altrimenti che vi rinunci, senza essere in quest'ultimo

caso tenuta a conferire a vantaggio degli eredi maschi, la dote già ricevuta; non essendo una simile collazione ordinata dalla legge, se non che nel caso di accettazione.

» Considerando che tutte l'eccezioni ed opposizioni surriferite, tratte dall'esclusione e rinuncia delle figlie maritate e dotate, già state previste e risolute dalla legge del 18 piovoso, anno 5, esplicativa ed estensiva del precedente decreto 8 aprile 1791.

» Gli articoli 1, 3 e 4 del predetto decreto, avevano abolite le esclusioni statutarie delle figlie nelle successioni da aprirsi dopo la sua pubblicazione, senza pregiudizio però delle istituzioni consensuali ed altre clausole ch'erano state stipulate, sia per contratto di matrimonio, sia per patti nuziali ne' paesi, in cui avevano forza di contratto; ma la legge posteriore del 18 piovoso dichiarò, all' art. 9, che la disposizione del predetto decreto era applicabile alle figlie escluse dagli statuti locali, comechè fossero maritate prima di quel decreto, o che fatta avessero una rinuncia surrogatoria.

» In questo modo la eccezione portata dall' anzidetto decreto relativamente alle instituzioni consensuali, o altre clausole inserite nel contratto matrimoniale, venne abrogata: la disposizione del decreto fu confermata ed estesa: e qualunque atto di rinuncia stipulato dalle figlie, venne annullato precisamente pel motivo che così fatta rinuncia non poteva essere riguardata che come una conseguenza naturale e necessaria dell' esclusione legale o statutaria; ch'è quanto dire, perchè non si presumeva che la figlia avesse rinunciato per altro motivo fuorchè per quello di essere stata esclusa dalla legge statutaria.

» Posto ciò, sebbene la nuova legge del 19 germile, anno 11, chiami semplicemente i figli alla successione paterna, senza distinzione di sesso; quantunque ella taccia sopra la esclusione legale e rinuncia convenzionale delle figlie, si può egli dubitare che il di lei spirito non sia conforme a quello che ha dettata la legge del 18 piovoso, anno 5; legge costantemente seguita in Francia senza il menomo contrasto sino alla pubblicazione dell' ultima legge del 29 germile, che l' ha rinovata?

» Si può egli legittimamente presumere che lo scopo del governo e la intenzione de' legislatori siensi di un tratto cangiati in una materia così essenziale, senza che siensi in nulla cangiati i motivi che hanno diretta la legislazione precedente?

» Le leggi s'interpetrano le une per le altre, e non è cosa strana nè rara di scoprire il vero senso di una legge per mezzo di quella che l' ha preceduta. *Leg.* 26, 27 e 28, *ff. de leg.*

» Ma nel caso, non vi è alcun bisogno d'interpetrazione. La nuova legge sopra le successioni intestate ha senza dubbio comprese nella sua disposizione le figlie: *i figli succedono, senza distinzione di sesso*, ed ancora le figlie dotate: *qualunque erede concorrendo ad una eredità, deve conferire ai suoi coeredi, quanto egli ha ricevuto dal defunto per donazione tra vivi*, e per conseguenza la dote; e se la stessa non fece ulteriormente menzione della loro esclusione o rinuncia precedente, ciò fu perchè non era più d' uopo parlarne.

» Diffatti la esclusione legale non essendo fondata che sopra il sesso, la legge abolendo qualunque distinzione di sesso, abolisce del pari virtualmente la esclusione statutaria; e per rapporto alle rinuncie che potevano esservi annesse per patto nuziale, come queste erano già state dichiarate surrogatorie e di niuno effetto dalla legge del 18 piovoso, anno 5, così le medesime non potevano più formare oggetto di quistione; dunque era inutile di farne parola.

» Considerando che gl'inconvenienti, che taluni asseriscono derivare da siffatta ammissione delle figlie negl' interessi e regolamenti delle famiglie, non possono impedire la esecuzione della legge; sia perchè ogni legge dev' essere osservata, tuttochè rigida e dura, sia perchè questi medesimi inconvenienti hanno luogo del pari nel caso in cui si tratta di una figlia dotata ma non maritata, alla quale però nessuno contrasta il diritto di consuccessione in forza della nuova legge.

» Il tribunale dichiara che la successione e la eredità del fu Domenico Robasti fu ed è aperta a favore di tutti i suoi figli, senza distinzione di sesso.

» E quanto agli interrogatorj, dichiara i convenuti non ammissibili nello stato, salvo alle parti di contestare più diffusamente sopra un tal punto, al tempo in cui si comporrà la massa.

» I fratelli Robasti si appellano da questa sentenza.

» Secondo le leggi delle 12 tavole, dicevan' essi, le successioni collaterali si deferivano ai maschi agnati, *agnatus proximus familiam habeto.*

» Dopo la caduta dell' impero romano, e che le consuetudini, e segnatamente quella del Piemonte, si sono introdotte in Governi indipendenti, si veggono da per tutto le femine escluse.

» Cotesta uniformalità conservata per tanti secoli, riservata eziandio nelle convenzioni colle quali parecchie comunità e signorie particolari si sono assoggettate ad altre potenze, è il migliore argomento che possa farsi, onde provare che la esclusione delle figlie non porta verun pregiudizio ai loro diritti naturali.

» Le figlie per principio di natura, non possono essere capi di famiglia; ed in virtù del loro matrimonio, cessa riguardo ad esse ogni dovere del padre, che non può più sperarne alcun soccorso. Ma, al contrario, la unione de' figli maschi rimanendo intatta per l' esercizio costante della patria potestà, il padre limita a questi ogni speranza di sostegno nella sua età senile.

» Non si può dunque trarre verun argomento dall' ingiustizia che si rimprovera alle antiche leggi.

» Ma senza cercar di scusar l' antica legislazione, ben si ponderi al contrario l' inconveniente che risulterebbe dall' amalgama delle antiche colle moderne leggi:

» Una figlia onestamente maritata, mediante il pagamento di una dote, a termini delle costituzioni, diveniva, riguardo ai diritti di successione, straniera alla famiglia del padre che l' aveva dotata; e questi avendo creduto di dover restringere ogni sua cura al resto della famiglia, ha stabilito su questa base lo stato di sua fortuna e del suo patrimonio,

» Il fratello ha continuato a conferire al patrimonio paterno i frutti della sua industria e de' suoi travagli, senza essersi mai durato di assicurarsene esclusivamente la proprietà, vivente il padre, sia per mezzo dell' emancipazione, sia col farsi in testa sua degli acquisti, ai quali ha contribuito di più.

» Dopo il matrimonio di tutte le sue sorelle, trovandosi egli il solo maschio della casa, determinossi egli pure a maritarsi, sicuro di poter sostenere i pesi dello stato conjugale col prodotto della eredità paterna, che doveva consolidarsi intieramente nella di lui persona.

» Tutto ciò ebbe luogo sotto la garantia della legge in allora vigente, che autorizzava le rinuncie.

» Quale rovescio non ne seguirebbe egli mai, se le figlie, malgrado le loro rinuncie, fossero ammesse a dividere in eguali porzioni la eredità del loro padre morto dopo il codice?

» Quanti padri di famiglia sospirerebbero il modo di amministrare che praticavasi sotto l' antica legge!

» Quanti figli di famiglia pregiudicati ne' loro particolari diritti!

» Quante famiglie sconvolte e rovinate!!!

» Per la qual cosa, quando anche la legge che chiama alla successione paterna tutti i figli, senza distinzione di sesso, fosse giusta, non potrebbe però, senza ledere l' eguaglianza e la giustizia che essa vuole introdurre, applicarsi ad alcuno de' casi simili a questo. Conciosiacchè se la sorella, conferendo la sua dote, può pretendere alla sua quota ereditaria, il fratello non può obbligarla alla collazione di questa dote, quando ella preferisse astenersi dall' eredità paterna che le fosse men vantaggiosa.

» Come mai attribuire tutte queste conseguenze al nostro nuovo codice, mentrecchè la legge del 18 piovoso, art. 11, conservò nella loro integrità i diritti di agnazione e di primogenitura a riguardo delle persone maritate avanti il decreto del 4 gennaro 1793, abolitivo delle riserve di siffatti diritti?

» Cotesta disposizione ci fa evidentemente conoscere che il legislatore ha voluto conservare intatti, non solamente i diritti acquisiti, ma eziandio la loro semplice aspettativa; nè potreb-

be esso agire altrimenti senza effetto retroattivo.

» L'art. 1 di questa legge conserva in una maniera formale le instituzioni consensuali; ne ordina la esecuzione conformemente alle antiche leggi. Quindi sebbene elleno sieno state annullate dalle leggi anteriori, vennero però da questo articolo ristabilite; ed il codice civile, rispettando il passato, prende le cose nello stato in cui le ritrova. Tali instituzioni erano valide; esso non vi apportò alcuna deroga; debbono dunque essere eseguite, sia in conformità della legge sotto la quale furono fatte, sia a senso di quella che le ha formalmente ritenute, sia ancora a tenore della rinuncia espressa, e del consenso reciproco delle parti.

» Nè si dica che distruggendo tutti questi effetti, il codice civile non verrebbe a produrre verun effetto retroattivo.

» Si risponde che le leggi e le rinuncie non solamente hanno aperto a vantaggio degli appellanti una semplice aspettativa, ma hanno loro accordato eziandio un diritto perfetto e certo.

» Cotesto diritto si è aperto all'istante medesimo della rinuncia; e quantunque il suo effetto non fosse stato per anco verificato, tuttavia non n'era meno sicuro e perfetto.

» Diciamo adunque che il caso contemplato dalla rinuncia e dalla legge, essendosi realizzato, cioè la morte del padre *ab intestato*, e l'esistenza a quest'epoca di maschi agnati, non si può fare a meno di confermare l'esclusione, la quale è una conseguenza necessaria dell'adempimento di queste due condizioni.

» Subordinatamente, i primi giudici avendo implicitamente riconosciuto che gli appellanti avevano il diritto di separare gli acquisti fatti dopo il matrimonio delle loro sorelle, mercè la loro industria ed i loro travagli, non si possono negar loro gl'interrogatorj, nè la prova ch'essi domandano per far costare dei predetti acquisti.

» Il codice civile è la legge universale, diceva M. Castagneri, sostituto del procurator generale. In tre soli modi potrebbe impedire l'effetto della sua azione.

» 1. S'egli eccettua alcuni casi particolari;

» 2. Se i beni non sono liberi nel patrimonio del defunto;

» 3. Se qualcheduno de' figli è incapace di succedere.

» Per rapporto alle figlie maritate prima del codice, non vi è alcuna eccezione.

» Nè si potrebbe nulla meglio contrastare che i beni pervenuti in via di sucsessione ad una figlia maritata avanti la pubblicazione del codice, non fossero liberi e disponibili nel patrimonio del padre.

» Non resta dunque che un solo caso: quello della incapacità.

» Questo è precisamente quello a cui gli appellanti ricorsero per sostenere che le figlie sono affette di una doppia incapacità: *Legale*, e *Consensuale*. . . .

» Dicesi, per istabilire la prima, che le costituzioni del Piemonte escludono le figlie da qualunque successione mediante una dote congrua: quelle che si sono maritate sotto il regime di dette costituzioni hanno ricevuta la loro dote, e per conseguenza la loro esclusione è consumata.

» Elleno son divenute estranee alla loro famiglia, elleno sono morte civilmente; il codice non poteva, nè volle farle ricevere.

» Qualunque possa essere l'apparenza di siffatto ragionamento, esso però manca di solidità.

» Il §. 1. del tit. 7, lib. 5 delle costituzioni ci dà un'idea ben diversa dell'esclusione delle femine.

» Esso dice che questa esclusione non dee aver luogo se non che quando la successione si è aperta per la morte di quegli, a cui si tratta di succedere.

» Farebbe inoltre mestieri, 1 che esistessero de' fratelli germani o consanguinei della donna che si volesse escludere, oppure de' loro figli.

» 2. Che questi fratelli o loro figli potessero, in forza del loro stato, conservare l'agnazione, e perpetuar la famiglia.

» 3. Che quegli della cui successione si volesse escluder la femina, non l'avesse instituita erede per testamento.

» Non è dunque il matrimonio, nè il pagamento della dote ciò che esclude le figlie dalla successione, ma bensì l'esistenza, al tempo dell'apertura di questa, di figli capaci di conservare e di perpetuare la famiglia.

» Ora, dopo il codice, cotesta condizione non può adempiersi. Supponiamo le sorelle Rebasti escluse. La loro porzione non passerà solamente agli agnati, ma pur anco alle figlie nubili ed a'religiosi, qualor ve ne sieno nella famiglia.

» La disposizione che esclude le figlie, e quella che vuole che i beni passino sempre a' soli agnati, sono sì collegate tra loro, che ne formano quasi una sola. Toglicte il privilegio dell' agnazione? parificate i sessi per le successioni future? è forza che cada tutto il sistema della legge.

» Era dunque contro lo spirito delle costituzioni il dire che, dacchè le figlie si sono maritate ed hanno ricevuta la loro dote, sono addivenute straniere alla famiglia, e sono morte civilmente.

» Il codice civile ha abolite le leggi anteriori, ed ha determinati i casi e la maniera in cui si può incorrere la morte civile. Fuori di questi casi, egli non riconosce alcuna morte civile. Le donne maritate non sono punto in essi comprese; dunque elleno sono viventi agli occhi della legge.

» La incapacità delle femine non è dunque l' effetto di una esclusione legale.

» Vediamo s' essa meglio risulti dalla rinuncia fatta da esse all' occasione del lor matrimonio.

» Primieramente noi dimandiamo: a che cosa le femine han rinunciato? Forse alla successione de' loro ascendenti? Ma s' esse erano escluse da tal successione in virtù della legge, come hann' elleno potuto mai rinunciarvi?

» Questo preteso diritto di successione non poteva formare l' oggetto di una rinuncia, nè la materia di un contratto qualunque. Il contratto sarebbe sempre nullo per difetto di correspettività.

» Ma supponiamo pure ciò che realmente non è; cioè che la rinuncia delle figlie, all' occasione del lor matrimonio, avesse avuto per oggetto la successione de' loro ascendenti.

» S' ella fu fatta in favore del padre, sarebbe divenuta senza effetto a cagione della premorienza del padre medesimo.

» Tal' era la disposizione del §. 4, tit. delle rinuncie.

» Se poi fu fatta in favore dell' agnazione, come è più verisimile; noi ci troviamo nel medesimo caso; imperocchè, come dianzi dicemmo, cotesta agnazione più non esiste.

» La dote che le figlie han ricevuta, era ben lontana dal poter formare un giusto corrispettivo al diritto di successione, cui si vuole ch' esse abbiano rinunciato. Il vero corrispettivo era quello che dava la legge: era il lustro della famiglia, la conservazione dell' agnazione; era in somma una specie d' interesse pubblico che la legge attaccava alla esclusione delle femine.

» In siffatte rinuncie l' operazione della legge va del pari colla volontà delle parti.

» Ora, cotesto motivo d' interesse pubblico, può egli aver luogo dopo la pubblicazione del codice?

» La figlia che ha rinunciato, dovrà vedere i beni de' suoi ascendenti passare esclusivamente a' suoi fratelli, e successivamente a' soli agnati, e perpetuare con tal mezzo lo splendore della famiglia? No: ella vedrà al contrario questi medesimi beni dividersi fra tutte le sue sorelle, che non hanno rinunciato: ella vedrà finalmente cessare questa agnazione, per la qual sola la legge le aveva prescritti tanti sagrifizj.

» Quanto al preteso effetto retroattivo, un solo argomento basta a dimostrare ch' esso non esiste.

» L' effetto regolare delle leggi è di estendersi a' casi futuri. Se con un' azione irregolare si volesse far agire la legge su delle operazioni fatte e cominciate avanti la sua pubblicazione, allora si direbbe ch' ella produce un effetto retroattivo. Ma affinch' ella sia retroattiva, fa d' uopo che agisca direttamente su delle operazioni passate, e che tali operazioni sieno talmente consumate, che da esse ne sia risultato un diritto acquisito.

» Nel nostro caso non è egli evidente che i figli maschi non avevano, fino alla morte dell' ascendente, alcun diritto acquistato sopra i suoi beni, e che se pure ne avevano, era un diritto puramente eventuale, una mera speranza?

» Gli ascendenti potevano a lor talento frodarli di questa speranza, senza togliere ad essa verun diritto acquistato; perchè dunque

la legge non lo potrebbe del pari? Ciò che era libero agli ascendenti prima del codice, non vi può mai esser questione di togliere alcun diritto acquistato; la legge non fa che troncare una mera speranza.

» Con tutto ciò, si fanno rimarcare delle grandi assurdità nella ipotesi che le figlie maritate e dotate vengono ammesse alla successione.

» Quali sono in sostanza queste assurdità sì vantate?

» Che una figlia maritata e separata dalla casa paterna da molti anni, venga a dividere il frutto del travaglio ed industria de' suoi fratelli, ed a succedere ad una fortuna alla quale essa non contribuì in verun modo.

» Ma questo inconveniente non è nuovo. Esso in tutt'i tempi ebbe luogo, e l'avrà sempre fintantocchè emani una legge che escluda dalla successione tutt'i figli che non hanno posto mano al lavoro.

» Dimostrasi inoltre l'inconveniente che risulterebbe da ciò, che un padre, dopo di aver dotate le figlie, avess'egli a decader di fortuna; se la figlia non conferendo più nella massa la dote da lei ricevuta, la porzione de' figli maschi si trovasse inferiore a quella delle figlie.

» Questo caso non può accadere che ben di rado; perciocchè le doti che si fissavano comunemente alle figlie erano ben anco al di sotto della loro porzione legittima; e che per ben giudicare di una legge, fa d'uopo riguardare l'effetto ch'essa produce ne' casi i più frequenti.

» Del resto, allorchè si tratta d'inconvenienti, bisogna scegliere sempre il minore; ed il sistema degli appellanti conterrebbe il maggiore di tutti gl'inconvenienti.

» Si vedrebbe, per esempio, una esclusione senza agnazione, e le femine escluse dalle altre femine. Quale giurisprudenza più mostruosa di questa, sia che si riferisca alle costituzioni del Piemonte, sia che si riporti al nuovo codice civile!

» Gli argomenti che gli appellanti traggono da' pregiudizj da essi citati, non hanno maggiore efficacia.

» Se si vuole ricorrere a de' pregiudizj, ove trovarne uno più identico al caso, di quello che ci presenta la legge del 18 piovoso, anno 5?

» Questo decreto aveva abolite le esclusioni statutarie delle figlie dalle successioni future, senza pregiudizio però delle instituzioni consensuali, ed altre clausole che fossero state stipulate per contratto di matrimonio, e dovessero sortire il loro effetto.

» Si è dubitato se dovessero o no sostenersi le rinuncie fatte dalle figlie all'occasione del loro matrimonio ne' paesi ov'erano escluse da qualunque successione. La legge del 18 piovoso dichiarò che ne' paesi di esclusione, le rinuncie fatte dalle figlie erano senza effetto, e che la riserva non era applicabile che alle rinuncie fatte ne' paesi di non esclusione.

» Se questo paese fosse stato unito alla Francia nell'epoca della predetta legge, noi non avremmo oggidì ad occuparci di siffatta questione.

» Ora vi siamo uniti. Insorge la stessa questione: qual norma più sicura possiamo noi seguire di quella di uniformarci a ciò che i nostri legislatori nel medesimo caso hanno di già stabilito?

» Ci rimane a parlare della conclusione sussidiaria degli appellanti.

» La indennità ch'essi cercano di ottenere non è nuova per la nostra legislazione.

» La legge del 18 piovoso, anno 5, è così concepita:

» » Coloro in cui vantaggio doveva ridondare il beneficio della esclusione, o rinuncia, e che si trovano decaduti, potranno reclamare ne' miglioramenti ed acquisti una indennità proporzionata alla parte da essi conferita, ovvero a' travagli e prodotti industriali che potessero aver posti in comune nella casa paterna, tranne il solo caso che vi fosse società tra il padre e i figli, nel qual caso l'atto di società sarebbe eseguito. » »

» Se per giudicare della esclusione delle figlie, e dell'effetto delle loro rinuncie, è ben consultata la legge del 18 piovoso, pare che sia mestieri di conformarvisi in quella parte eziandio che accorda una indennità.

» Noi non crediamo perciò esservi luogo alla riforma della impugnata sentenza.

» Dietro siffatti motivi, il pub. minist. concluse pel ben giudicato.

» *Decisione.* Adottando i motivi della sentenza appellata;

» E considerando inoltre che la esclusione delle figlie portata dalle costituzioni generali del Piemonte non era punto assoluta, ma condizionale;

» Che la principale condizione richiesta affinchè avesse luogo la esclusione, era l'esistenza, al momento dell'apertura della successione, di eredi agnati capaci in virtù del loro stato di conservar l'agnazione, e di perpetuare i beni nella famiglia;

» Che la disposizione delle costituzioni generali, la quale escludeva le figlie, mediante il pagamento di una dote, e quella che prescriveva la conservazione de' beni nell'agnazione, anche in avvenire, non formavano che una sola disposizione, scopo e base della quale era il favore dell'agnazione;

» Che da quanto sopra si è detto ne segue, che se a termini della nuova legge sopra le successioni, l'agnazione non ha più privilegio: se i beni non possono più esserle conservati esclusivamente, la esclusione delle figlie non può in conseguenza avere più luogo; attosochè la medesima rimarrebbe senza oggetto, nè più potrebbe adempiere lo scopo che la legge si era prefisso;

» Che la nuova legge avendo ammessi a succedere a' loro ascendenti i figli tutti senza distinzione di sesso; ogni privilegio di agnazione è stato senza dubbio abolito, ed i figli maschi i quali pel loro stato sarebbero nel caso di perpetuare la famiglia, or non possono più conservare i beni nell'agnazione; avvegnachè essi non sieno più soli a succedere, giacchè le figlie ed i preti egualmente incapaci di conservar l'agnazione, sono egualmente chiamati;

» Che i diversi casi ne' quali le figlie maritate con una dote erano ammesse alla successione de' loro ascendenti, anche secondo le costituzioni generali, provano bastantemente che pel loro matrimonio, esse non divenivano punto straniere alla famiglia, e non potevano essere, rispetto ad essa, considerate quasi morte civilmente, come lo sostengono gli appellanti;

» Che però, ammettendo pure la verità di questa ipotesi avanti la pubblicazione del codice, elleno non dovrebbero meno essere ammesse attualmente alla successione de' loro ascendenti; 1.° perchè il codice non riconosce la morte civile se non ne' casi ivi determinati, ed in questi casi non è certamente compreso quello delle figlie maritate con dote; 2.° perchè la nuova legge sopra le successioni, chiamando tutt'i figli indistintamente a succedere a' loro ascendenti, gli avrebbe quindi resi, per così dire, alla vita civile, e riabilitati ad esercitare i diritti di famiglia. Gli stessi appellanti riconoscono questa operazione della legge riguardo alle figlie nubili, alle quali non contrastano il diritto di succedere, quantunque elleno fossero, al pari delle figlie maritate, escluse in forza delle costituzioni generali, da qualunque successione in favor degli agnati, a condizione, per parte di di questi di costituir loro una dote congrua, in occasione dell'apertura della successione;

» Che la incapacità delle figlie, maritate con dote, di succedere a' loro ascendenti, non sarebbe meglio fondata sopra le rinuncie da esse fatte alla occasione del loro matrimonio; imperciocchè indipendentemente dalle considerazioni contenute a questo riguardo nella sentenza appellata, è da osservarsi,

» 1°. Che in simili rinuncie aveva più parte la legge di quel che ne avessero i contraenti;

» 2. Che le disposizioni straordinarie colle quali le costituzioni generali permettevano e favorivano le rinuncie delle figlie alle successioni future, tuttochè tali rinuncie non fossero disapprovate dalle leggi romane, provano ad evidenza che il favore e la conservazione dell'agnazione erano il solo scopo della legge, il vero ed unico equivalente ch'essa dava a siffatte rinuncie: ch'esse racchiudevano un contratto di una natura affatto diversa dagli altri contratti tra particolari; un contratto che derivava interamente da quelli stessi principj, pe' quali la legge aveva escluse le figlie; un contratto per conseguenza, che oggidì non può più sussistere, perchè mancante di causa e di equivalente, al quale si può applicare la massima del diritto notissima, *cessante causa, cessat effectus.*

» Diffatti i beni degli ascendenti delle figlie che hanno rinunciato, in vece di passa-

re esclusivamente agli eredi agnati, e contribuire così allo splendore della famiglia, in contemplazion della quale esse avevano fatto un sagrifizio sì grande, sarebbero divisi fra le altre sorelle che non hanno rinunciato, e passerebbero successivamente a tutte le figlie de' loro fratelli e delle loro sorelle.

» 3. Che siffatte rinuncie sarebbero inoltre divenute di niun effetto per la premorienza de' rinunciatarj, se l'ascendente, la di cui successione è aperta, è realmente premorto; una specie di premorienza ebbe luogo altresì rispetto agli agnati per effetto della nuova legge; avvegnacchè, sebbene vi siano ancora de' maschi nella famiglia viventi, non esistono però più di quelli agnati che raccoglievano esclusivamente ad ogni altro tutta l'eredità e la conservavano nella famiglia, a vantaggio de' quali soltanto le rinuncie erano state fatte dalle figlie, ed approvate dalle costituzioni generali del Piemonte. Abolendo il privilegio dell'agnazione, la legge ne distrusse tutte le conseguenze;

» Che i diversi raziocinj fatti all'udienza per parte degli appellanti, onde provare che ammettendo le petenti a succedere al loro padre, verrebbesi a dare alla nuova legge sopra le successioni un effetto retroattivo, sono più speciosi che solidi;

» Che in effetto son essi tutti fondati sopra un falso principio, anzi sopra un errore; vale a dire su ciò che la esclusione legale delle figlie maritate con dote, e la rinuncia da esse fatta all'occasione del lor matrimonio, avevano prodotto fin d'allora un effetto assoluto ed invariabile, relativamente a' diritti de' maschi rinunciatarj sopra le successioni, a' quali le figlie avevano rinunciato. Dietro questo principio si è detto definitivo ciò ch'era puramente eventuale. Si è qualificato come un dritto acquistato ad una eredità la semplice speranza di conseguirla;

» Che nondimeno, giacchè il padre aveva la facoltà di disporre de' suoi beni, sia per contratto, sia per testamento, eziandio in favor delle figlie che avevano rinunciato alla di lui successione, o a quella di un estraneo, egli è evidente che i dritti de' figli maschi sopra di questa successione, non erano eventuali, e dipendenti dalla volontà del padre;

» Che quindi la nuova legge, regolando pe' casi avvenire l'esercizio di tal volontà, ed obbligando gli ascendenti a lasciare i loro beni a tutt' i loro figli senza distinzione di sesso, non ha potuto ledere alcun diritto acquistato definitivamente, e non fece che troncare una speranza: essa ha rimpiazzato in ciò gli ascendenti medesimi, ed ha disposto per essi;

» Che questo vizio di retroattività che si oppone alla legge sopra le successioni, riguardo alle figlie maritate, con più apparenza di successo, opposto dall'ascendente che aveva, a termini delle antiche leggi, acquistato l'usufrutto de' beni de' suoi figli pel resto della sua vita, era, dicesi, opposto alla disposizione del codice civile, che fissa all'età di diciott'anni pe' figli il termine dell'usufrutto de' loro beni accordato a' genitori; e pel figlio il quale dopo la morte di suo padre era entrato, giusta le leggi in quel tempo esistenti, nel libero godimento de' suoi beni, era opposto alla disposizione dello stesso codice, che accorda al genitore superstite l'usufrutto de' beni de' suoi figli sino a che sieno giunti all'età di diciott'anni. Ciò non pertanto alcuni decreti sì di questa corte di appello, che di quella di Parigi, tra quali l'uno in data del 7 fruttidoro anno 12, nella causa Amerio e Garonne, e l'altro in data del 3 germile dello stesso anno, nella lite della signora Cadeau d'Assy, hanno applicate queste disposizioni, tanto al padre che godeva dell'usufrutto, quanto alla madre che nol godeva avanti la pubblicazione del codice, e togliendolo al primo, lo accordarono alla seconda; e fu dietro il principio stabilito che i diritti del padre e del figlio sopra il detto usufrutto, non essendo che eventuali e dipendenti dall'esistenza, e non dalla patria potestà, essi avevano potuto essere modificati ed anco distrutti dalla legge posteriore che regolò l'esercizio e la durata di questa potestà.

» Che la differenza che gli appellanti vorrebbero fare tra l'esclusioni statutarie, di cui parla la legge del 18 piovoso, anno 5, e la esclusione delle figlie portata dalle costituzioni generali fra le rinuncie surrogatorie, dichiarare di niun effetto dalla predet-

ta legge, e quelle fatte in Piemonte avanti la pubblicazione del codice, punto non esiste; conciossiacchè la esclusione delle figlie non aveva minor forza ne' paesi di Francia regolati dalle consuetudini ove era ammessa, di quel che ne avesse in Piemonte; e le loro rinuncie erano egualmente in ambi i paesi una conseguenza necessaria della loro esclusione legale, e quindi inutili e superflue.

» Che la detta legge del 18 piovoso, anno 5, non lascia verun dubbio sulle vere intenzioni del legislatore, per riguardo alle rinuncie delle figlie: ne' paesi di esclusione, come il Piemonte, esse furono dichiarate surrogatorie e di nessun effetto.

» Che il silenzio della nuova legge sopra le successioni, relativamente a tali rinuncie, ed i termini estesi ne' quali ella è concepita, provano che il legislatore ha adottati in questa legge i principj della precedente che le aveva annullate.

» Che le successioni legittime aperte dopo la pubblicazione del codice dovendo essere regolate dietro gli stessi principj in tutta la estensione del territorio francese, ne segue che sebbene la detta legge del 18 piovoso, anno 5, non sia stata pubblicata in Piemonte, tuttavia ella può ivi egualmente servire di norma nell'applicazione della legge sopra le successioni in ciò che riguarda l'effetto delle rinuncie delle quali ora si tratta; perciocchè dessa comprende a questo riguardo la volontà del legislatore, non che i principj che l' hanno diretto nella formazione della legge posteriore sopra le successioni.

» Che l' assunto degli appellanti di escludere dalla successione de' loro ascendenti le figlie che hanno rinunciato, all'occasione del loro matrimonio, e di ammettervi ciò non pertanto le figlie nubili, e i preti a' quali non contrastano punto il diritto di succedere porterebbe un attentato diretto, tanto alla nuova legge che chiama indistintamente alla successione tutti i figli, quanto alle antiche leggi del Piemonte, che escludevano le figlie in favore degli eredi agnati, i quali di lor natura potevano conservar l'agnazione, e perpetuare i beni nella famiglia.

» Considerando finalmente che gl' inconvenienti allegati contro l' ammissione delle figlie maritate, a succedere ai loro ascendenti, sarebbero puramente parziali.

» Che inoltre l'esame degli inconvenienti, o de' vantaggi della legge è fuori della giurisdizione dell' ordine giudiziario; spetta però al legislatore a ben ponderarli nella formazione della legge; e quando questa esiste, l' officio de' giudici si limita a farne una giusta applicazione.

» Sopra la seconda questione, considerando che la sentenza da cui si è appellato non ha rigettati definitivamente gl' interrogatorj dedotti dagli appellanti, onde provare la legittimità e la quota delle porzioni separate ch' essi propongono; ma che si è limitato a rimettere cotesta discussione all'epoca della liquidazione della massa creditaria.

» Che in cotal modo i diritti che possono appartenere agli appellanti per ottenere le predette separazioni, non hanno potuto essere pregiudicati, e rimangono nella loro integrità.

» Che il riclamo degli appellanti di essere obbligati a rilasciare fin dal presente que' beni, che hanno diritto di conservare come lor proprietà particolare, è del tutto gratuito e senza verun fondamento, avvegnacchè il riparto non possa aver luogo senza che preliminarmente si proceda alla composizione della massa de' beni che debbono esser divisi; e per conseguenza prima di spogliarsi de' beni che posseggono, avendo essi, a termini della sentenza appellata, il tempo ed il mezzo di far valere que' diritti che credono avere alle separazioni da essi riclamate.

» Dichiara essere stato ben giudicato, ec.cc.

Nell' abolita nostra corte di cassazione a' 29 gennaro 1811 fu deciso non impedirsi al figlio durante la vita del padre l' esercizio delle azioni che gli competono su le doti della madre defunta, e su i legati del fu suo zio.

» *Fatto.* La corte di appello residente in Napoli con decisione profferita il dì 11 maggio dello scorso anno 1810 dichiarò, che durante la vita del signor Saverio Duni, non vi era luogo ad accrescere la penzione alimentaria, stabilita al figlio signor Giuseppe Duni, ed alla di costui moglie signora Serafina de Colellis nelle tavole nuziali in ducati

10 al mese, ed in annui ducati 18 per pigion di casa, per le quali somme bensì fosse lecito a costoro di farsene far l'assegnamento per la più facile esazione sopra di una rendita corrispondente precipua, ed effettiva di quelle contenute nel processo verbale formato per la liquidazione delle rendite, e de' pesi di detto signor Saverio Duni sotto la rubrica di esigibili; riservò le ragioni ad esso signor Giuseppe per le doti della fù sua madre, e per lo legato del fu suo zio signor Giacinto Duni, se gli competevano dopo la morte del padre, e sull'eredità dello stesso; per la sicurezza delle quali ragioni non potesse esso signor Saverio in qualunque caso alienare il credito da lui rappresentato contra del duca di Quadri, il quale dovesse cerziorarsene: dichiarò, che li ducati 410 liberati in più volte al signor Giuseppe Duni per la causa da dichiararsi, e per gli alimenti ne dovessero cedere ducati 200 a saldo delle 20 mesate dovute al medesimo in forza de' capitoli matrimoniali, e ducati 210 a conto di tutte le ragioni, che competessero spettargli sulla eredità del padre; ed assolvè le parti dalle spese.

» Contro di tal decisione i suddetti conjugi signor Giuseppe Duni, e signora Serafina de Colellis produssero ricorso per cassazione, assumendo 1.° che contra l'articolo 87 del codice di procedura civile fu decisa la causa, dopo essersi intese le parti, in udienza secreta, senza concorrervi le circostanze in detto articolo prescritte, e senza essersi osservato ciocchè è stabilito in detto articolo, e che non si osservarono le formalità prescritte negli articoli 142, 143, 144, e 145 dello stesso codice di procedura intorno alla redazione della decisione: 2.° Che fu omesso in tal causa il primo grado di giurisdizione; poicchè avendo il tribunale di prima istanza con sentenza de' 22 settembre 1809 ordinato un calcolo sull'oggetto delle 20 mesate di alimenti attrassate; avendo la corte di appello con decisione de' 30 del successivo ottobre ordinato un processo verbale per la liquidazione delle rendite, e pesi del padre, non poteva poi la stessa corte decidere di tutto, senzacchè il tribunale di prima istanza avesse prima emessa la sua sentenza diffinitiva: 3.° che mentre si erano impugnati di nullità i capitoli matrimoniali, e lo strumento di convenzione, passato tra lui, ed il padre nell'anno 1801 con emancipazione per quell'atto solo, la corte avea fatto valere un tal contratto, e si erano poi in detta decisione riserbate a lui le ragioni per le doti di sua madre, e per lo legato di suo zio, dopo la morte del padre sulla di lui eredità contra ciocchè si prescrive nella costituzione *In aliquibus*, nella consuetudine *Si moriatur*, nell'altra *Et si mulier*, e negli articoli 384 e 745 del codice civile.

» Udito il rapporto: inteso il signor Pietro Ambrosini avvocato de' detti conjugi: ed inteso il regio procurator generale sostituto Cianciulli nelle sue verbali conclusioni, colle quali ha chiesto di cassarsi la decisione per la parte riguardante il dritto del figlio sulle doti materne, e sul legato di suo zio esperibile dopo la morte di suo padre.

» La gran corte deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso per cassazione.

» Facendo dritto alle conclusioni del pub. minist.

» Considerando, che la corte di appello in una controversia, che versava tra un padre, ed un figlio, avendo udite le parti in udienza secreta, non violò l'articolo 87 del cod. di procedura, anzi usò della facoltà dal detto articolo accordatale di fare a porte chiuse tutte le cause che possono cagionare scandalo, o grave inconveniente, e che quantunque non si fussero eseguite tutte le formalità prescritte nel medesimo articolo, pure non essendosene il figlio lagnato in quel tempo, ed essendovisi aggiunta la pena di nullità, non possono elevarsi a mezzi di cassazione, ugualmente che il non essersi eseguite nella estenzione della decisione alcune delle formalità menzionate negli articoli 143, 144, e 145 dello stesso codice di procedura per la medesima ragione di non essersene prescritta la esecuzione sotto pena di nullità.

» Considerando, che il signor Giuseppe Duni avea dimandato l'aumento del suo assegnamento nel già S. R. C, dal quale varie provvidenze si erano date, e che su di tale assunto era il processo istruito in meri-

to, la corte di appello non venne a togliere a' litiganti il primo grado di giurisdizione nel dichiarare nella prima parte della sua decisione, che durante la vita del padre signor Saverio Duni, non vi fusse luogo ad accrescere la pensione alimentaria stabilita al figlio signor Giuseppe Duni, e Serafina de Colellis nelle tavole nuziali.

» Considerando, che nella seconda parte della suddetta decisione quantunque non si fusse definitivamente pronunziato sulla nullità dell'istrumento del 1801, e sulle altre azioni proposte dal figlio, pure avendogli riserbate le ragioni per le doti della fu sua madre, e pe' legati del fu suo zio signor Giacinto Duni, dopo la morte del padre; erasi impedito al figlio durante la vita di suo padre l'esercizio delle azioni; che gli competevano in forza della costituzione *In aliquibus*, e delle consuetudini napoletane *Si moriatur*, *Et si mulier*, e della legge 89 *ff. de legatis 3 e del §. 8. tit. de legatis* delle Istituta, che non limitano tempo al dritto del figlio a sperimentare le sue ragioni. Alle vecchie leggi sono uniformi gli articoli 384, e 745 del codice civile. E perciò colla medesima limitazione di tempo si sono violate le citate, vecchie, e nuove leggi.

» La gran corte cassa la seconda parte della decisione degli 11 maggio 1810 della corte di appello residente in Napoli, per quello, che riguarda l'avere impedito al figlio signor Giuseppe Duni di sperimentare durante la vita del padre le sue ragioni per le doti materne, e pe' legati del zio fu Giacinto Duni, e rinvia le parti alla corte di appello residente in Lanciano.

Delle successioni che si deferiscono agli ascendenti.

» §. 31. A colui che muoja senza lasciar » prole, nè fratelli, nè sorelle, nè discen- » denti di essi, succederà il padre e la ma- » dre, o quello tra essi che sarà sopravvi- » vente. *Art.* 668. *Leg. civ.*

La regola è di Giustiniano.

» Si defunctus descendentes quidem non relinquat heredes, pater autem, aut mater, aut alii parentes ei supersint, omnibus ex latere cognatis hos proponi sancimus.... Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos proponi jubemus qui proximi (*ergo avum maternum excludit pater, cum mater non supersit*) gradu repériuntur, masculos et foeminas sive paterni, sive materni sint. Si autem eumdem habent gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes quanticunque fuerint; medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos inveniri contigerit. *Novella* 118 *cap.* 2.

» §. 32. In mancanza de' genitori l'eredi- » tà si deferirà a parti eguali agli ascendenti » più prossimi, sia nella linea paterna, sia » nella linea materna; salvo ciò che è dispo- » sto nell'articolo seguente. *Art.* 669. *Leg. civ.*

Queste disposizioni sono dettate da Giustiniano.

» Defuncto sine liberis filio, parentes si soli (*sine fratribus, et sororibus utrinque conjunctis*) sunt, succedunt; salva gradus (*pater ergo excludit avum maternum, cum mater defuncti non supersit, et mater avum paternum, cum pater non supersit, licet aliud sit in filio meo, et nepote ex alio praemortuo*) sui praerogativa: si pari gradu sunt, pariter succedunt, paternis quidem dimidia, maternis vero alia dimidia delata; licet sit dispar (*ergo si est avus maternus, et avia materna, et solus avus paternus, tantum habet hic solus, quantum illi duo*) eorum numerus. Sed si cum parentibus fratres, et sorores utrique defuncto conjuncti supersint, vocantur cum ascendentibus gradu proximis (*id. cum patre, et matre tantum*); ita ut viriles portiones fiant; exclusa prorsus omni differentia sexus, et patriae potestatis, ubi nulla secundarum nuptiarum fit mentio. ***Auth. ad L. 7. Cod. ad senatus. Tertul.***

Casus. **Sempronius decessit habens patrem, et matrem: succedit ei pater, et mater; si autem pater vivat, et non mater, sed avus maternus, pater excludit avum maternum, qui prior in gradu, potior est in successione; et si paternum habeat avum et aviam maternam, et tantum avum paternum vel e converso illi qui sunt ex parte patris habebunt dimidiam, licet unus sit tantum ex parte una, et plures ex alia, et e converso. Si vero de-**

functus habeat patrem, et matrem, fratres, et sorores vocantur cum ascendentibus in virilem portionem; et ista sunt vera quando filius decedit intestatus. *Vivianus.*

» §. 32. Gli ascendenti succederanno ad » esclusione di ogni altro nelle cose da essi » date in dote alle loro figlie e discendenti, » o altrimenti donate à loro figli o discen» denti morti senza prole, allorchè le cose » donate si trovano in ispecie nella eredità.

» Se tali cose si trovassero alienate gli ascen» denti riscuoteranno il prezzo che potrebbe » tuttora esserne dovuto. Succederanno inol» tre all'azione che il donatario avrebbe po» tuto sperimentare per ricuperarle: saranno » però tenuti a contribuire pel pagamento » de' debiti. *Art.* 670. *Leg. civ.* «

Pomponio su la riversione della dote accordata al padre dotante osserva che questo mezzo fu adottato, onde alleggerire in cotal guisa a lui la perdita della figlia. Indi soggiunge, che essendovi stata frode in tale costituzione di dote possono aver luogo i rimedj della legge.

» Jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta; ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret. Si pater alienum fundum bona fide emptum in dotem dederit, ab ipso profectus intelligitur.

» Si in dote danda circumventus sit alteruter, et majoris anni viginti quinque succurrendum est; quia bono, et aequo non conveniat, aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum. *L.* 7. *D. de jure dotium.*

Il beneficio, che si accorda a colui, che sia leso nella costituzione della dote, e che si viene a ripetere, non è, al dir di Brunnemanno, accordato in virtù della restituzione in intero, ma per natura dell'azione medesima che lo produce.

» Quando vel pater, vel filia, vel maritus in dotis constitutione laesus est, tunc laeso etiam majori est succurrendum per §. *fin. h. t.* non quidem ob favorem dotis, nec per restitutionem in integrum, ut putat Odd. *de rest. q.* 14. *n.* 61 sed ob naturam actionis dotis in qua bonum, et aequum praecipue dominantur per *L.* 8. *D. de cap. deminut.* ubi si in aestimatione rei dotalis quis laesus, laesionem ultra dimidium non requiri docet. *Brunnemanni Comment. in Pandect. lib.* 23. *tit.* 3. *de jure dotium ad L.* 7.

» Il dritto di retrocessione, dice d'altronde Maleville, faceva che le cose donate ritornassero al donatore, esenti ancora da ogni peso, e da ogni ipoteca, che vi avesse attaccata il donatario, salvo però l'ipoteca sussidiaria della dote appartenente alla moglie del medesimo.

» Anche questa giurisprudenza è abrogata. Il donatore non può riprendere i beni, che colle ipoteche, onde li ha il donatario gravati, cosicchè corre a lui l'obbligo di unirsi agli eredi per iscogliere la sostanza da tali vincoli. Egli non è però tenuto che in proporzione del valore de' beni, che ripiglia. Ed è tanto vero che il donatore non può rivocare le alienazioni del donatario, che l'articolo nostro gli dà il dritto unicamente di ripetere quell'avanzo di somma che fosse ancora dovuto per le fatte alienazioni.

» Ma se il donatario avesse impiegato il prezzo delle alienazioni nella compera degli altri beni o nella soddisfazione di debiti esistenti all'epoca della donazione, l'ascendente non avrebbe dritto sopra questi beni, o sopra la somma che fu necessaria al pagamento de' debiti? Nel processo verbale v'ha qualche cenno che il conferma: oltreacciò sembra che la giustizia lo voglia.

» Se la donazione consistesse in mobili, il donatore non potrebbe riprenderli, che in quello stato in cui si trovassero.

» Se consistesse in una somma di soldo costituita in dote, l'ascendente avrebbe diritto di farlasi restituire in quello stesso modo, che il donatario medesimo avrebbe fatto in caso di separazione. Egli entra in possesso dell' azione di ricupera. Il processo verbale, e l' articolo lo esprimono formalmente.

» Se la donazione consistesse in una somma data puramente, senza che un terzo l' avesse nè ricevuta nè impiegata, allora trovandosi questa in soldo effettivo nella eredità del defunto discendente, l'ascendente avrebbe dritto di riprenderla. Sarebbe lo stesso se il donatario l'avesse egli medesimo impiegata nell' acquisto di fondi esistenti ancora nelle sue mani, o data l'avesse a prestito

a terze persone, da cui non l'avesse per anco ricuperata, o se ne fosse servito finalmente a pagamento de' proprj debiti.

» Posto ciò, mi sembra, che il dritto di retrocessione debba sempre esercitarsi, o la donazione sia stata in mobili, o sia ella stata in immobili, dal caso in fuori, che la cosa donata sia nelle mani perita del donatario, o per averla egli dissipata, o per non averla impiegata utilmente. In tutti gli altri casi la cosa o il prezzo deve ritornare al donatore in forza di quel principio medesimo, che ha stabilito il dritto di retrocessione o di succesione in favore degli ascendenti, e atteso pure questo grande motivo d'equità, che *nemo alterius jactura locupletari debet*.

» Egli è certo però, che il processo verbale è oscurissimo su questo proposito.

» Ma ecco una novella quistione. Dice l'articolo, che gli ascendenti succedono nelle cose da essi date a' loro discendenti morti dappoi senza prole. Se il discendente lascia de' figli, e che questi muojano prima dell' ascendente donatore, il diritto di ritorno o di successione è ancora preservato al medesimo? O viene ad essere spento mediante la nascita de' figli?

» Attenendosi rigorosamente alle parole del nostro articolo, si dovrebbe decidere, che il diritto non esiste più, mercecchè l' ascendente non ripiglia la cosa donata, che a titolo di successione. Fa d'uopo considerare le cose nello stato, in cui si trovano alla morte del donatario. Ora è fuori di dubbio, che in quell' istante la riversione non può aver luogo, non essendo il donatario morto senza prole.

» Ciò nondimeno si adotterà forse l' opinione contraria, se si porgerà mente, che il nostro articolo altro non fa che rinnovellare negli stessi termini la disposizione delle consuetudini di Parigi, ed Orleans. Nella giurisdizione di queste consuetudini, non altrimenti che nel resto della Francia in generale, correva la massima, che l' ascendente non perdesse la sua aspettativa, se non quando alla sua morte si trovassero de' discendenti del donatario. Vedi Lebrun lib. 1. cap. 5. sezione 2. n. 30.

» Il nostro articolo non esclude positivamente questa interpetrazione. Chiama egli gli ascendenti a succedere nelle cose da essi date a' loro discendenti morti dappoi senza prole, ma non prefigge il tempo della mancanza della prole; cosicchè basta che questo caso accada durante la vita del donatore chiamato, perchè il donatore non perda i suoi dritti. Chi contrasterebbe al medesimo, che il discendente non abbia prole, quando in fatto non l' ha? Il linguaggio che si tiene ordinariamente, è quel medesimo dell' articolo. Di più allorchè fu discusso quest' articolo, niente fu detto, che desse motivo di credere, ch' egli avesse ad essere inteso in un modo diverso. Nulla ostante debbesi confessare, che la espressione *succedono*, rigorosamente presa, offre grande argomento di disputa a chi è contrario alla indicata interpetrazione. *Maleville. Osservazione sull' articolo 747 del codice civile.*

» Oltre il dritto, che hanno gli ascendenti di succedere ai loro discendenti nel caso, che vegono chiamati, riflette ancora diligentemente Chabot dell' Allier, eglino ne hanno un' altro, anche nel caso, che non vengono ammessi a succedere in qualità di eredi, un dritto particolare sulla successione de' loro discendenti, cioè quello di riprendere le cose, ch' essi hanno donato ai loro figli, o discendenti, premorti senza posterità, allorchè gli oggetti donati si trovano in natura nella eredità (747) (670).

» I romani avevano accordato agli ascendenti il dritto di riprendere le cose donate da essi, anche quando non se ne avevano espressamente riservata la riversione. E questo dritto che si chiama *riversione legale* era stato adottato da un gran numero di costumanze. Egli essendo di dritto comune, era stato adottato anche da quelle che non serbavano una disposizione contraria.

» E fu stabilito nell' antico dritto romano dalla legge *jure succursum* 6. *D. de jure dotium*, e dalla legge *constitutionis* 2. *C. de bonis quae lib.*

» Il motivo della prima legge è di soccorrere il padre, e non fargli soffrire nello stesso tempo la doppia perdita del suo figlio, e de' beni, che gli avea donato: *Jure succur-*

sum est patri, ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae, et pecuniae damnum sentiret.

» Il motivo della seconda legge era d'incoraggiare i genitori a donare a' loro figli, senza dar loro luogo a temere di perdere i beni donati se sopravvivevano a' figli donatarii *Ne hac iniecta formidine, parentum in liberos munificentia retardetur.*

» Intanto la prima legge non aveva stabilito il ritorno legale, che per la dote, e la seconda intese stabilire tal ritorno per le donazioni fatte dal padre al suo figlio nel contratto di matrimonio.

» L'Imperatore Leone nella sua novella 25 l'estese a tutte le donazioni, che i padri potevano fare a' figli, e nulladimeno lo interdisse espressamente alle madri, ed agli estranei.

» Di ciò non fuvvi quistione nella novella 118; ma come questa novella non l'avea abolito, e ch'è assolutamente nel voto della natura, egli era ammesso senza difficoltà ne' paesi di dritto scritto; e per gli stessi motivi, che l'avevano fatto stabilire in favore de' padri, si addottò quasi in favore delle madri, e degli altri ascendenti, e per ogni specie di donazioni fatte a' loro discendenti, ed anche quando la riversione non fosse stata stipulata espressamente.

» Il codice civile non ha punto adottato un semplice ritorno legale in favore degli ascendenti donanti; ma in suo luogo ha sostituito in favore degli ascendenti il dritto di soccorrere alle cose da essi donate.

»» Gli ascendenti, egli dice nel art. 747 (670), succedono ad esclusione di ogni altro alle cose da essi donate a' loro figli, o discendenti morti senza prole. »»

» Esiste dunque una importante differenza su questa materia tra la legislazione antica, e la novella.

» Secondo l'antica legislazione, avveniva per semplice dritto di ritorno, e non per successione, che gli ascendenti rientravano nel dominio delle cose, che essi avevano donato a' loro discendenti morti senza prole. Eglino dunque le riprendevano senza essere eredi di quelli, nella di cui successione esercitavano il dritto di ritorno.

» Secondo l'art. 747, che noi abbiamo citato è per dritto di successione e non a titolo di semplice riversione, che gli ascendenti riprendono. Egli dice: *gli ascendenti succedono alle cose da essi donate*, dunque nella qualità di eredi essi riprendono. Eglino quindi sono realmente eredi del donatario, nella successione del quale riprendono le cose donate, allorchè usano di questo dritto.

» Il dritto di ritorno essendo legale ne' paesi di dritto scritto, e non a titolo di successione, dovevasi ammettere generalmente, che le disposizioni, e le alienazioni fatte dal donatario, e da suoi discendenti, non potevano nuocere al dritto del donante, nè impedirne il ritorno in suo favore.

» Tal'era l'avviso di Furgole, questione 46 sull'ordinanza del 1731 » i beni donati, dic'egli, ritorneranno di pieno dritto, *veluti quodam jure postliminii.*

» Il primo Presidente di Lamoignon era di opinione di rendere questa massima universale. Egli sosteneva, che i beni donati dovevano tornare al padre franchi, e liberi da ogni peso, ed ipoteca imposti dal donatario; e che le alienazioni fatte dal donatario restavano rivocate in favore del donante.

» Questa era la giurisprudenza de' parlamenti di Tolosa, di Grenoble, e di Bordeaux.

» Intanto il parlamento di Parigi giudicava per tutt' i paesi di dritto scritto, ch' erano sotto la sua giurisdizione, che il donatario poteva non solamente alienare a titolo oneroso, ma ancora disporre per donazione tra vivi, o a causa di morte.

» Intanto non si possono incontrare più difficoltà, nè variazioni su questa materia.

» Gli ascendenti donanti non riprendendo più a semplice titolo di riversione, ma sempre a titolo di successione i beni che essi avevano donato, e trovandosi in conseguenza eredi del donatario, dalla di cui eredità essi riprendono questi beni, necessariamente ne risulta

» 1.° Che essi non possono reclamare i beni, ch' eglino avevano donato, allorchè il donatario ne ha disposto, sia a titolo oneroso, sia anche a titolo gratuito, attesocchè essi son tenuti al fatto di colui, cui succedo-

nè perchè d'altronde il donatario essendo stato proprietario, e non semplice usufruttuario de' beni donati, ha avuto il dritto di disporne a suo arbitrio:

» 2.° Che essi son tenuti ai debiti della eredità, ma solamente come eredi *a titolo singolare*, menocchè non siano d' altronde eredi con altro titolo, nel caso precedentemente esposto

» 3.° Che essi son tenuti di soddisfare interamente a' debiti, ed a' pesi, che si trovano ipotecati per parte del donatario, su' beni che essi riprendono, salvo nulladimeno il loro regresso contro gli altri eredi per l'eccedente della loro porzione virile.

» Gli ascendenti non possono anche reclamare contro l'eredità il valore, od il prezzo della vendita de' beni di cui il donatario ha disposto, poichè essi non sono ammessi dall' art. 747 (670) a succedere alle cose da essi donate, che nel caso, *in cui si trovano in natura nella eredità*

» Intanto se gli oggetti sono stati alienati gli ascendenti raccolgono il prezzo, *che ne può esser dovuto*; ed essi succedono anche all' azione di ricupera, che il donatario poteva avere.

» Ma se il prezzo della vendita era stato intieramente pagato, o se aveva disposto de' beni a titolo gratuito, gli ascendenti non avrebbero nulla a domandare: l'art. 737 (670) non attribuisce loro alcuna indennità su' beni ereditarii.

» Le leggi romane non avevano così deciso. Per darsi luogo alla riversione legale, egli era necessario, che il figlio donatario fusse morto senza posterità prima dell' ascendente donatore, e le opinioni degli antichi giureconsulti erano state lungo tempo divise a tal riguardo, ma finalmente si erano uniformate considerando, che l'ascendente nel donare i beni a suoi discendenti li avea donati tanto per lui, che per la sua prole, e non si ammetteva in conseguenza l'ascendente a riprendere le cose donate, che alloraquando il donatario era morto senza lasciar discendenti.

» Questa disposizione era seguita ne' paesi di dritto scritto, come ne' paesi consuetudinarii.

» Il codice civile non ammette egualmente l'ascendente al dritto di succedere alle cose, ch' egli aveva donate, che alloraquando il discendente donatario è morto senza posterità.

» Ma secondo l' opinione del più gran numero de' giureconsulti, e principalmente di Domat, e di Lebrun, allorchè dopo la morte del donatario i suoi discendenti muojono senza prole prima dell' ascendente donante, il ritorno legale, al quale essi avevano fatto ostacolo riprendeva il suo effetto, e l'ascendente donante rientrava nella proprietà delle cose da lui donate, anche nel caso, in cui non era erede de' discendenti del donatario.

» La ragione, che ne dà Domat lib. II tit. II. sez. III. è che i discendenti del donatario essendo considerati come donatarii anch' essi, poichè essi impedivano il ritorno legale, questo dritto, che non era sospeso in loro favore, riprendeva il suo effetto, quando la donazione cessava di avere il suo per la loro morte senza posterità.

» Il codice civile ammette questa estensione pel dritto di succedere in favore dell' ascendente donante.

» Secondo la disposizione precisa dell'art. 747. (670.) gli ascendenti succedono alle cose donate a' loro figli, o discendenti morti senza prole. Bisognano dunque due cose perchè l' ascendente succeda: 1. che il figlio, o discendente al quale succede sia morto: 2.° che costui sia morto senza prole; e queste due condizioni congiuntamente richieste, escludono necessariamente, e per sempre l'ascendente dal dritto di succedere alle cose donate, allorchè il figlio o discendente lascia morendo della posterità.

» L' ascendente che ha donato al suo figlio non è realmente donante a riguardo del suo nipote; non si potrebbe dunque dire, se egli riprendesse le cose dopo la morte del suo nipote, ch' egli succederebbe alle cose da lui donate al suo figlio, o discendente morto senza posterità. Non è che nel solo caso, in cui il discendente muore senza prole, che può applicarsi la disposizione dell' art. 747 (670).

» Il ritorno legale, ed il dritto di succesione differiscono molto, sia per la loro natura, sia pe' loro effetti: non vi si possono applicare le stesse regole.

» Egli è sufficiente d'altronde che il codice civile non abbia accordato il dritto di successione; che in un caso per cui non si possa applicare ad un'altro caso anche per analogia: *Qui dicit de uno, de altero negat.*

» La successione esclusiva in favore degli ascendenti donanti è una eccezione alla regola ordinaria in materia di successione. È un dritto particolare; e perchè è una eccezione; perciò non dev'essere estesa da un caso all'altro.

» Non si può dire finalmente, che l'ascendente si determinerà più difficilmente a donare, se egli ha timore di non ricuperare i beni, in caso di premorienza del donatario, e de'suoi discendenti; poichè egli vuole, secondo l'art. 951 (876). di riservarsi espressamente il dritto di riprendere dopo la morte del donatario, e de' discendenti tutte le cose da lui donate.

» In una parola, il testo dell'art. 747 (670) è chiaro, e preciso: egli è limitativo al caso, in cui il donatario muore senza prole, e non vi si può nulla aggiungere.

» Egli non è necessario per impedire la riversione a profitto dell'ascendente donante, che i figli, o discendenti del donatario siano nati dal matrimonio, in favor del quale specialmente era stata fatta la donazione; che essi siano nati da un matrimonio anteriore, o posteriore, tutt'impediscono egualmente la riversione.

» Vi era stata a tal riguardo varietà nella giurisprudenza. Un arresto del parlamento di Tolosa aveva giudicato, che alloraquando una donazione era fatta a favore di un secondo matrimonio, la sopravvivenza de' figli del primo letto del donatario non impediva il ritorno legale.

» Ma non può più esistervi oggi difficoltà su questa materia. L'art. 747 (670) dice generalmente che l'ascendente non succede alle cose da lui donate, che alloraquando il donatario è morto senza prole, e siccome egli dice *prole* senza alcuna eccezione, e senza distinguere tra' diversi matrimonii, egli deve applicarsi a tutt'i discendenti da qualunque matrimonio siano nati.

» Se si opporrebbe, che l'ascendente, il quale ha donato espressamente in favore del secondo matrimonio, è stata sua intenzione, che di tal dono ne profittassero i figli, ed i discendenti, che da questo matrimonio nascerebbero, si avrebbe da rispondere, che secondo gli art. 1048, 1082 (1003), 1038 del codice civile al titolo delle donazioni, e testamenti, una donazione fatta dagli ascendenti agli sposi, o ad uno di essi, anche per contratto di matrimonio, non ne profittano soltanto i figli nati da quel matrimonio, ma ne profittano tutt'i figli nati, e da nascere; e che secondo l'art. 1050. (1006) se l'obbligo di rimettere le cose donate non sarebbe a profitto de' figli di già nati, e di quelli da nascere, essa non sarebbe valida.

» Quindi tutt'i figli da qualunque matrimonio essi siano nati dovendo egualmente profittare della donazione, tutti egualmente impediscono in riguardo all'ascendente donante la riversione delle cose donate.

» Il dritto di succedere alle cose donate non passa punto agli eredi dell'ascendente donante: l'art. 747. (670.) non l'attribuisce che a' soli ascendenti, poichè egli vuole ch' essi sopravvivano al donatario, ed a suoi discendenti.

» Da ciò ne risulta, che se l'avo ha donato al suo nipote, e che dopo la morte dell'avo il nipote muore senza prole: il padre del donatario non avrà il dritto di succedere solo alle cose donate se questo donatario ha lasciato de' fratelli, o sorelle, o discendenti da questi.

» Allorchè l'avo nel donare alla sua nipote aveva dichiarato, che le costituiva la dote invece di suo figlio, ed a suo discarico, le *LL. 6 de collationibus*, e 79 *de jure dotium* supponevano, che questo era un dono, che il padre aveva fatto al suo figlio per quindi passarlo in seguito alla sua nipote, e che l'avo aveva donato alla nipote, mercè l'amore, che portava al figlio. Esse accordavano in conseguenza la riversione al figlio, e non ce la negavano, che nel caso, in cui la donazione era stata fatta puramente, e semplicemente.

» Ma Dumolin, e Lebrun erano di avviso, che la riversione non dovea aver luogo in favore de'figli nè nell'uno, nè nell'altro caso, e la loro opinione si trova consecrata nella di-

sposizione dell'art. 747 (670), il quale non accorda la riversione a titolo di successione, che all'ascendente donante.

» Egli è certo in ipotesi, che il figlio non è realmente donante, nè donatario. Il dono proviene dall'avo, che può aver donato al nipote per la tenerezza che ha verso questo stesso nipote, abbenchè abbia voluto donare pel suo figlio, ed a suo discarico. Il figlio non ha niente donato di sua proprietà, ed in conseguenza non deve aver dritto di riprendere ciocchè non gli è mai appartenuto.

» Dovrebbe altrimenti decidersi se il padre avesse donato al figlio, e che questo figlio subito dopo avesse donato al nipote. In questo caso sarebbe il figlio, che riprenderebbe le cose donate dopo morto il nipote senza prole, ed il padre non le riprenderebbe, chè dopo la morte del figlio; le cose donate non possono ritornare al padre primo donante, che dopo la morte di colui, cui egli stesso ha donato.

» Il codice civile accorda così all'adottante come a suoi discendenti in certi casi il dritto di riversione.

» L'adottante se sopravvive all'adottato, ed a'suoi discendenti succede alle cose, che aveva donato all'adottato, col peso di contribuire a'debiti, e senza pregiudizio de'dritti de'terzi.

» Se l'adottato è morto senza discendenti legittimi dopo la morte dell'adottante, i discendenti dell'adottante hanno anche il dritto di riprendere non solamente le cose, che fossero state donate all'adottato, ma anche quelle, che da lui erano state raccolte nella succesione dell'adottante, e ch'esistevano in natura all'epoca della morte dell'adottato.

» Ma se dopo la morte dell'adottato i suoi figli o discendenti morissero senza prole, l'adottante solo avrebbe il dritto di succedere alle cose, ch'egli aveva donato, e questo dritto non sarebbe trasmissibile a'suoi eredi, anche in linea diretta discendentale.

» È d'uopo osservare ancora, che giammai l'adottante succede all'adottato ed a suoi discendenti se non per que' soli beni, ch'egli aveva donato: gli altri beni passano a' parenti della famiglia dell'adottato. La legge non ha voluto accordare a tal riguardo all'adottante i dritti, ch'essa ha conferito al padre legittimo, abbenchè l'adottato succeda anch'egli all'adottante come se fusse figlio nato da matrimonio.

» Tali sono le disposizioni degli art. 350, 351 (274 275), del codice civile che naturalmente cade in acconcio citarle in questo luogo. *Chabot dell'Allier. Sulle successioni tit.* 5. *cap.* 2.

Se i beni donati, alienati in prima dal donatario rientrano in seguito nel suo patrimonio per successione, donazione, compra o altrimenti, l'ascendente donante potrebbe esercitare il suo dritto di riversione sopra questi beni, che ritroverebbe nella eredità cui succede?

Toullier, che presenta tale quistione la discute nel seguente modo. » Gli autori, ei dice, che hanno scritto sotto l'impero delle antiche consuetudini, e particolarmente Lebrun, sostenevano che i beni originariamente donati dall'ascendente, non trovandosi più sotto il medesimo titolo nella successione del donatario, il dritto di riversione estinguevasi al momento dell'alienazione, e che questo dritto non poteva rivivere, perchè il fondo avendo perduto la sua qualità di bene proprio di riversione, non la riacquistava, rientrando con diverso titolo nel patrimonio del donatario. Questa era una conseguenza degli antichi principj sopra i beni proprj.

» Chabot abbraccia l'opinione di Lebrun. Il motivo principale che egli adduce, si è che non potrà mai dirsi che i beni rientrati nel patrimonio del donatario, e che egli aveva alienati, sebbene identicamente gli stessi che quelli ricevuti, siano nondimeno i beni donati, perchè essi sono rientrati nelle mani del donatario in virtù di un titolo che non è più lo stesso di quello della prima donazione, e con una qualità che è assolutamente differente. Bisogna osservare lo sviluppo delle sue ragioni che nel fondo sono le stesse di quelle di Lebrun.

» Tale ragionamento potrebbe sembrare non convincente a coloro che pensano col signor Chabot tom. 1. pag. 341 che per bene intendere l'articolo 747 (670) non bisogna decidere le quistioni che fa nascere collo spirito delle consuetudini, e neppure

coll'antica giurisprudenza; ma che bisogna attenersi al testo della legge, e spiegarne i termini, perchè questa è la regola la più sicura.

» Se gli autori che hanno scritto sotto l'impero delle consuetudini han pensato che il dritto di riversione era irrevocabilmente estinto sopra i beni rientrati nel patrimonio del donatario, che li aveva alienati, ciò è nato, come molto bene dice Lebrun, dal che l'ascendente donante succedeva ai beni donati come ad un bene proprio; erano beni proprj di riversione. Or essi avevano perduta la qualità di proprj coll'alienazione.

» Ma la nostra nuova legislazione non riconoscendo più i proprj, i motivi dell'opinione di Lebrun svaniscono assolutamente. La sua decisione pare contraria al testo dell'articolo 747 (670) il quale subordina il dritto dell'ascendente alla sola condizione che gli oggetti donati si ritrovino in ispecie nella successione del donatario. Or nel caso nostro, essi vi si ritrovano realmente ed identicamente. Il codice non esige niente di più. Perchè dunque ricercare se hanno perduta una qualità fattizia che il codice più non considera?

» Noi pensiamo che il dritto dell'ascendente donante non sia estinto coll'alienazione intermedia delle cose rientrate nel patrimonio del defunto prima della sua morte. È questa pure l'opinione di Delvincourt, tom. 1. pag. 60.

» Del resto Lebrun e Chabot convengono che almeno i beni venduti dal donatario colla clausola del riscatto o della ricompra continuano ad essere sottoposti al dritto di riversione, allorchè gli ha ricomprati, perchè allora non erano definitivamente alienati.

» Noi abbiamo detto che il dritto dell'ascendente si estingue coll'alienazione dei beni, tanto a titolo oneroso che a titolo gratuito, qualora non sono rientrati, dopo l'alienazione, nel patrimonio del donatario. Il dritto è estinto eziandio, quando il donatario dispone dei beni per testamento.

» Potrebbesi dire, che siccome il testamento non ha effetto se non dopo la morte del testatore, così il discendente donatario è realmente morto investito della proprietà dei beni che aveva ricevuti, i quali pare che si trovassero nella di lui successione.

» Ma solo a titolo di successione il codice ammette l'ascendente donante a raccogliere i beni che aveva donati. Egli è dunque obbligato, come l'erede, a soddisfare i legati. E come la proprietà dei beni legati appartiene al legatario dal momento della morte del testatore, ne risulta che questi beni non si trovano realmente nella successione del donatario: gli eredi non ne hanno che il possesso momentaneo, per farne la consegna al legatario.

» Uniformemente a questi principj, la corte di cassazione, sezione dei reclami, ha formalmente deciso, con un arresto del 17 dicembre 1812 che l'ascendente donante non ha il dritto di riprendere le cose che il donatario aveva legate per testamento, attesochè queste cose non si ritrovano più in quel momento nella di lui successione.

» Sebbene la riversione sia una vera successione, essa differisce nondimeno dalle successioni ordinarie, in ciò che non è a titolo universale. E dice molto bene Ferriere: è una successione *in re singulari*; è una successione che può dirsi privilegiata.

» Nell'ordine regolare, l'ascendente può essere chiamato alla successione dei suoi discendenti col dritto annesso alla sua qualità di ascendente. Egli può escluderne tutti i collaterali, e gli ascendenti più rimoti; può egualmente concorrere coi fratelli, e colle sorelle del defunto. Ecco la successione ordinaria.

» Ma l'ascendente donante ha un titolo particolare per succedere con privilegio speciale alle cose da lui dovute ad esclusione di tutti gli altri, articolo 747 (670), quando anche egli fosse escluso dal di più della successione dagli ascendenti più prossimi, dai fratelli e dalle sorelle, o dai discendenti di essi.

» Siffatta quistione che poteva sembrare dubbiosa nell'antica giurisprudenza è decisa da queste parole dell'articolo 747 (670): « Gli ascendenti succedono, ad esclusione di tutti gli altri ». L'ascendente può dunque essere chiamato a due successioni realmente distinte; la successione ordinaria annessa alla sua qualità di ascendente, la successione privilegiata annessa alla sua qualità di donante.

» Ma anche in quest' ultimo caso l' ascendente donante raccoglie questi beni a titolo di successione, ed egli è obbligato ai debiti *pro modo emolumenti*; nell' istesso modo che tutti gli altri eredi: articolo 870 (791). Sembra ancora che egli vi sarebbe tenuto *ultra vires*, sebbene non avesse raccolto che i beni, che aveva donati, se non aveva avuto la precauzione di dichiararsi erede col beneficio dell' inventario.

» Poichè è costante che solo a titolo di successione, che egli raccoglie i suoi immobili, da ciò nasce la quistione più importante nella teoria che nella pratica, di sapere cioè, se l' ascendente può rinunciare alla successione ordinaria alla quale è chiamato nella sua qualità di ascendente, per attenersi alla successione privilegiata, alla quale è chiamato nella sua qualità di donante.

» Si può dire che in istretto punto di dottrina tosto che sia riconosciuto essere a titolo di successione che l' ascendente raccoglie le cose da lui donate, esse fanno parte della successione del donatario. Ora una successione non può essere accettata per una parte, e ripudiata per l' altra. *Hereditas pro parte adiri, et pro parte non adiri non potest.*

» Ma non può forse rispondersi che la successione privilegiata, o il dritto di riversione, forma realmente una successione separata, giacchè l' ascendente può essere chiamato, e nondimeno essere escluso dalla successione ordinaria? Che la prima non dichiara erede se non in *re singulari*? D' altronde, perchè non sarà permesso ad un ascendente di riprendere i beni che egli aveva donati, senza dichiararsi erede negli altri beni? Perchè una persona a cui sono devolute, per differenti titoli, due successioni di diverso genere, sebbene pervenute dalla stessa persona, non potrà accettare l' una e ripudiar l' altra?

» A tutto ciò può darsi una risposta. Ma nella pratica non si vede con chiarezza come l' ascendente donante potrebbe avere interesse di ripudiare una delle successioni per accettar l' altra. Poichè se la successione ordinaria trovasi gravata di pesi e di debiti, la successione privilegiata deve contribuirvi *pro modo emolumenti*.

» Per altro l' affezione alle cose donate, ed il desiderio di conservarle, possono determinare l' ascendente ad esercitare il dritto di riversione, rinunciando alla successione ordinaria; ma egli deve avere gran cura, reclamando la riversione di dichiarare formalmente che non intende prendere alcuna parte alla successione ordinaria. Nel dubbio noi pensiamo che accettando una delle successioni, debba stimarsi aver egli egualmente accettata l' altra, e *vice versa*, che rinunciando ad una abbia rinunciato all' altra.

» L' ascendente donante, chiamato alla successione in concorrenza cogli altri eredi del defunto, comincia dal prelevare fuori parte tutte le cose da lui donate, e prende in seguito la porzione che gli è assegnata dalla legge nel di più dei beni.

» Questo dritto di riversione o di successione alle cose donate è personale all' ascendente donante, giacchè l' articolo 747 (670) esige che esso sopravviva al donatario: questo dritto non passa dunque ai suoi eredi. Se l' avo ha donato al nipote, e che dopo la morte dell' avo, muoja il nipote senza posterità, la riversione non avrà luogo in favore del padre del donatario, sebbene erede del padre donante. La sopravvivenza è la prima condizione alla quale è annesso il dritto di riversione.

» La seconda si è che il donatario muoja senza posterità procreata da un matrimonio anteriore o posteriore alla donazione. La legge non distingue affatto; il figlio adottivo del donatario impedisce ancora il dritto di riversione, sebbene rigorosamente parlando, egli non sia compreso sotto l' espressione di posterità di cui si serve l' articolo 747 (670); ma l' articolo 350 (274) accorda all' adottato sulla successione dell' adottante gli stessi dritti che vi avrebbe il figlio nato da matrimonio.

» Egli debbe dunque, come quest' ultimo, raccogliere i beni che erano stati donati al padre adottivo, qualora si trovano nella successione: altrimenti sarebbe violata la regola fondamentale dell' adozione. Il figlio adottivo più non avrebbe sulla successione dell' adottante gli stessi dritti che il figlio nato da matrimonio. La disposizione dell' articolo 747

(670), che vuole che la posterità del donatario impedisca la riversione, debbe dunque applicarsi alla posterità adottiva come alla posterità naturale. L'ascendente donante ha dovuto sapere che il donatario aveva la facoltà di adottare. Non istipulando la riversione in mancanza di figli nati da matrimonio, si presume di avervi egli rinunciato.

» Aggiungasi, che il donatario poteva impedire la riversione, donando con atto tra vivi, o legando con testamento i beni donati. Or l'adozione al certo non ha minor forza del legato.

» Per la stessa ragione, il figlio naturale legalmente riconosciuto dal donatario, deve impedire la riversione per quella quantità di beni che la legge gli accorda nella successione del padre e della madre. Non considerandolo che come legatario, egli impedirebbe la riversione dei beni legati. Ora il riconoscimento di un figlio naturale non ha minor forza al certo di un legato.

» Ma se i figli del donatario rinunciano alla successione, l'ostacolo che essi frapponevano alla riversione cessa colla loro rinuncia; essi sono considerati come se non esistessero. Gli altri eredi non possono trarre argomento da un dritto che non è stabilito se non in favore dei discendenti: sarebbe lo stesso che argomentare dal dritto altrui. L'articolo 747 (670) vuole che l'ascendente succeda alle cose donate, ad esclusione di tutti gli altri eredi, eccettuatane la posterità del donatario.

» Se il figlio che rinuncia alla successione del donatario (suo padre) avesse figli, costoro impedirebbero la riversione; la quota non può aver luogo se non in mancanza di posterità del donatario.

» Non è da dubitarsi che la morte civile, egualmente che la morte naturale del figlio donatario, dia luogo all'apertura del dritto di riversione. (*La nostra legislazione non riconosce morte civile. Solo una qualche idea abbiamo di questa colla condanna all'ergastolo, in virtù dell'articolo 16 delle leggi penali. Ivi è disposto, che il condannato perde la proprietà di tutti i beni che possedeva; e la sua successione è aperta a vantaggio de' suoi eredi, come se egli fosse morto senza testamento. È conseguenza di queste disposizioni che data l'ipotesi di un donatario condannato non può esservi luogo alla riversione de' beni donati a favor del donante, mentre i di lui eredi per effetto della condanna entrano nella successione dei beni in generale.*)

» Ma se i beni del condannato sono confiscati, il donante sarà egli preferito al fisco? Credevasi generalmente di si nell'antica giurisprudenza: si trovano arresti che hanno così giudicati, e la corte di cassazione con un arresto del 13 messidoro anno 13 decise che applicando questa giurisprudenza ad un caso anteriore al codice, la corte di Montpellier non aveva violata la legge. Ma presentemente la pena della confisca dei beni è abolita dall'articolo 66 della carta; (*Le nostre leggi penali neppure riconoscono confisca*) nè potrà mai essere ristabilita.

» Se il figlio del donatario muore lasciando un figlio che poi muore anch'esso, l'avo donante avrebbe egli nella successione di quest'ultimo il dritto di succedere alle cose da lui donate? Siffatta quistione ha diviso due abili interpetri del codice civile, Maleville e Chabot. L'ultimo conviene che la giurisprudenza anteriore al codice era in questo caso, favorevole al dritto di riversione; ma egli pensa che l'articolo 747 (670) contiene una disposizione contraria, in ciò che esso non chiama gli ascendenti a succedere se non se alle cose da essi donate ai loro figli o discendenti morti senza posterità; egli ne conchiude che l'ascendente non può succedere senza queste due condizioni, 1.° che il figlio o discendente a cui ha donato sia morto; 2.° che sia morto senza posterità. Queste due condizioni essendo richieste congiuntamente, l'ascendente gli sembra escluso dal dritto di successione o di riversione, qualora il figlio o discendente donatario abbia lasciato discendenti al momento della sua morte. L'ascendente che ha donato al proprio figlio non essendo realmente donante per rispetto al nipote, non si potrà dire, se egli riprendesse alla morte del nipote le cose comprese nella donazione, che egli succeda alle cose da lui donate al figlio o discendente morto senza posterità. Soltanto dunque al caso in cui

il discendente al quale è stato donato muoja senza posterità, può applicarsi l'articolo 747 (670).

» Queste ragioni a noi sembrano intieramente conformi alla lettera del codice.

» Per altro si potrà dire, in favore dell' opinione di Maleville, che essa è forse più conforme allo spirito del codice. Egli osserva che l'art. 747. (670.) non ha fatto che rinnovare la disposizione delle consuetudini di Parigi e di Orleans, quasi negli stessi termini. L'art. 313. della consuetudine di Parigi dice, come il codice che gli ascendenti succedono nelle cose da essi donate ai loro figli o discendenti senza figli da essi.

» Si poteva dire su questo testo, come Chabot lo ha detto sull' art. 747. (670), che esso richiedeva due condizioni 1. che il figlio donatario fosse morto; 2. che fosse morto senza figli. In una parola, il ragionamento di Chabot si applica al testo della consuetudine di Parigi, così bene come a quello del codice; ed intanto, come l'osserva Maleville, era massima a Parigi, come in tutto il restante della Francia in generale, che l'ascendente non perdeva il suo dritto di successione alle cose donate, se non quando alla sua morte esistevano discendenti del donatario.

» Non si osserva affatto che i compilatori del codice abbiano avuta la intenzione di derogare all'antica giurisprudenza, ed il senso grammaticale dell' art. 747. (670.) non è positivamente contrario: esso porta che » gli ascendenti succedono, ad esclusione » di tutti gli altri, nelle cose da essi do» nate ai loro figli o discendenti morti sen» za prole. » Non è questo lo stesso senso se portasse » Gli ascendenti succedono » alle cose da essi donate, qualora i figli o » discendenti sieno morti senza posterità ? » D' altronde è esatto il dire che l'ascendente non è donante relativamente al nipote, qualora ha donato al padre ?. Qualora un padre dona a suo figlio, sempre si presume ch'egli doni ai suoi nipoti: la legge lo dice formalmente quando trattasi delle donazioni fatte per contratto di matrimonio: art. 1082, e 1086) 1038) Finalmente si può aggiungere che il dritto di riversione non deve cedere ad una interpetrazione puramente gramaticale.

» Tali sono le ragioni che si possono addurre in favore dell' altra opinione. Ma con arresto del 26 agosto 1818 la corte di cassazione si decise in favore dell' opinione di Chabot. Essa rigetta il ricorso contro una decisione della corte di Poitiers, che aveva giudicato il dritto di riversione stabilito dall' art. 747. (670.) in favore dell' ascendente donante per essere limitato al caso in cui il donatario muoja senza posterità, e che il donante non possa esercitare questo dritto nella successione dei figli del donatario morti senza posterità. Si vegga Sirey anno 1818. parte 1. pag. 370. e seg. Tale arresto deve fissare la giurisprudenza.

» Si pensava generalmente sotto l'antica legislazione che il dritto di riversione non si estendeva ai mobili. La generalità dell'espressioni dell' art. 747. (670.) non permette di dubitare che presentemente si estenda a tutte le cose mobili o immobili, purchè esista un atto di donazione. Ma come il dritto non può essere esercitato che sulle cose esistenti ancora in ispecie, vi può essere molta difficoltà qualora trattisi di una somma di argento. Se essa fosse stata data in dote, il donante succederebbe all' azione di ripresa.

» Ma se fosse una somma donata ad un figlio non maritato, o donata per entrare in comunità, sarebbe ben difficile di ritrovarla precisamente in ispecie.

» Maleville pensa che se il donatario avesse collocata la somma, sia in prestito a terze persone che non fossero quietanzate, sia in acquisto di beni proprj, sia in acquisto di fondi ancora esistenti nelle proprie mani alla sua morte, avrà luogo il dritto di riversione: egli l'ammette in tutti i casi in cui la somma non sia perita nelle mani del donatario, e quando non sia stata dissipata senza utile impiego.

» Questa decisione equa merita spiegazioni. Se il donatario ha acquistato un fondo dichiarando che il prezzo è stato pagato colla somma che gli ha donata il padre, questo fondo tiene luogo della somma donata, ed il padre deve, come sembra, succedere

per dritto di riversione. Ma se non vi fosse dichiarazione d'impiego, l'ascendente donante non avrebbe che pretendere. Se il donatario ha impiegata la somma per pagare un debito, sembra ancora che l'ascendente non può reclamare cosa alcuna pel dritto di riversione; questo impiego equivale ad una alienazione, sebbene abbia procurato una utilità al donatario.

» Se la somma è stata data in prestito, colla dichiarazione che essa perveniva dal dono fatto dal padre del donatario, sembra certo che la polizza ritornerebbe a quest'ultimo, in virtù del dritto di riversione.

» Ma se la polizza fosse stata rimborsata, la somma non esiste più che in ispecie; è lo stesso se non è stata impiegata, e che più non trovasi nella successione del donatario.

» Ma in questi due casi, se si rinviene nella successione una somma di numerario simile a quella donata, o anche più grande, sembra giusto che il donante riprenda quella che ha donato, perchè allora la somma si ritrova in ispecie, sebbene non si possa dire che siano le stesse monete.

» Non sarebbe lo stesso se invece di numerario si trovassero biglietti ed altri crediti sufficienti a formar quella somma?

» L'espressioni adoperate dall'art. 747. (670.) sono troppo laconiche perchè si possano risolvere questi dubbj con certezza fino a che la giurisprudenza non abbia fissata la interpetrazione che bisogna dargli, e deciso se bisogni seguire scrupolosamente la lettera, o lo spirito della legge, interpetrazione che a noi sembra preferibile. In tale aspettazione si può consultare il comentario di Chabot sull'art. 747. n. 22. e seguenti ove dottamente sono trattate le quistioni relative alla riversione dei mobili, danari, o biglietti donati. *Toullier corso di dritto civile vol. 4. n. 233. a 245.*

§. 33. » Il padre e la madre, o quello » tra essi che si troverà superstite, ed in » mancanza di entrambi l'ascendente più » prossimo, concorrerà co' fratelli e colle » sorelle del defunto, e coi discendenti de' » fratelli e delle sorelle premorte unilaterali » e bilaterali; i genitori, gli ascendenti, i fratelli e le sorelle in capi ed a porzioni » eguali; i discendenti dà fratelli e dalle » sorelle, anche unilaterali o bilaterali, per » dritto di rappresentazione ed in istirpe. » *Art.* 671. *Leg. civ.*

Giustiniano chiamò anche cogli ascendenti in primo grado i figli del fratello defunto, regolando la di costoro parte uguale a quella, che sarebbe spettata al defunto stesso.

» Hoc itaque juste corrigentes sancimus, ut si quis moriens relinquat ascendentium aliquem, et fratres qui possunt cum parentibus vocari, et alterius premortui fratris filios; cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam premortui fratris filii; et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater acciperet si vixisset. Hoc vero sancimus de illis filiis fratris quorum pater ex utroque parente jungebatur defuncto, et absolute dicimus. *Novella* 127. *cap.* 1.

Delle successioni che si deferiscono à collaterali.

§. 34. Al defunto, che non abbia lasciato, » nè prole, nè ascendenti, succederanno i » fratelli e le sorelle, ed i discendenti de' » fratelli e delle sorelle premorte; i primi » in capi, i secondi in istirpi, o sia per dritto di rappresentazione *art.* 672. *Leg. civ.*

Giustiniano regolò nello stesso modo la successione dei collaterali.

» Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primum ad hereditatem vocamus fratres, et sorores ex eodem patre, et ex eadem matre natos. *Novella* 118. *cap.* 11.

Una donazione nulla, perchè non accettata dal donatario, rende liberi i dritti alla successione collaterale. Quindi i beni di un defunto che non ha lasciato nè prole, nè ascendenti sono giustamente reclamati dai nipoti della di costui sorella. Decisione de 16. febbrajo 1826.

» *Fatto*. A 12. giugno 1821. i germani D. Luigi, e D. Angela Felicia Giusti chiamarono in giudizio D. Serafina Stilletti vedova del fu D. Angelo Maria de Simone, onde dal tribunale civile di Chieti fosse dichiarato essersi aperta a lor beneficio la suc-

cessione intestata del detto fu D. Angelo Maria; e quindi condannarsi la detta Stilletti, presso cui trovavansi tutt' i beni ereditarj, anche quelli pervenuti allo stesso D. Angelo Maria dal fu D. Filippo de Simone, a rilasciarli loro una coi frutti dal dì della morte del medesimo D. Angelo Maria.

» Provarono gli attori con legale documento esser nipoti di sorella del fu D. Angelo Maria de Simone morto il dì 7. aprile 1818. senza discendenti, nè ascendenti, e senza fratelli, nè altri figli di fratelli.

» La convenuta vedova Stilletti si difese opponendo ch' essa legittimamente possedeva i beni ereditarj in quistione con titolo *pro donato*. Esibì all' uopo un istromento del dì 4. novembre 1795 stipulato tra li q. q. D. Filippo, e D. Angelo Maria de Simone, col quale il fu D. Filippo, confermando un antecedente atto del 30. maggio 1788. donò al fu D. Angelo Maria la universalità de' suoi beni presenti, e futuri, con alcune riserve in sua vita, oltre quella di ducati 50. *pro jure testandi*.

» In fine del detto istromento i suddetti fratelli donante, e donatario de Simone espressamente dichiararono »» che qualora D. Angelo Maria premorisse alla cennata D. Serafina senza figli legittimi e naturali nascituri dal di lei corpo, in tal caso i beni, come sopra donati dal ridetto D. Filippo, e tutti gli altri beni di esso D. Angelo Maria, passino in pieno dominio tanto per la proprietà, quanto per l'usufrutto a favore di detta D. Serafina, alla quale ambedue i suddetti D. Filippo, e D. Angelo Maria donano con donazione irrevocabile tra vivi i detti loro beni per gratitudine di particolar servizio, attenzione ed amore praticato dalla medesima sì all' uno, che all' altro; con obbligo però alla stessa di far loro decenti funerali, ed adempire al peso della celebrazione di detti funerali giusta la loro condizione e stato, ec. con spiega che premorendo detta signora D. Serafina al detto D. Angelo, in tal caso i suddetti beni, come sopra donati, tornino al detto D. Angelo, perchè così ec. riserbandosi esso D. Angelo Maria la somma di ducati 100. *pro jure testandi* la quale s' intenderà compresa nella presente donazione, quante volte egli morisse, *quod absit*, senza farne altra disposizione, perchè così ec. con che però rimanendo ferme tutte le altre condizioni, riserbe e dichiarazioni espresse nè citati istromenti e donazioni, purchè non deroghino alla presente donazione a favore di detta D. Serafina e non altrimenti. »»

» In questo stesso istromento venne inserito l'antecedente del dì 30. maggio 1788. in cui se ne citava un altro precedente del dì 27 settembre 1768, con cui D. Filippo con l'occasione delle prime nozze di D. Angelo Maria con D. Giacinta Pardi avea fatto altra donazione universale allo stesso D. Angelo Maria.

» Questo istromento di donazione fu stipulato per gli atti di D. Tommaso Giusti padre degli attori, per parte de' quali fu esibito. In esso si legge apposto il seguente patto »» con patto e condizione, che mancando esso D. Angelo Maria senza figli legittimi, e naturali, o morendo questi in età pupillare, o *ab intestato quandocunque* tutti li beni predetti debbano ritornare ai figli di Maria Cristina Simone sorella carnale di essi D. Filippo, e D. Angelo Maria *quia sic etc. alias etc.* »»

» Il tribunale di Chieti, dietro istruzione in iscritto a' 5. agosto 1822. ammise le dimande degli attori Giusti »» in quanto esse riguardano i beni lasciati dal fu D. Filippo Simone, e le rigettò in quanto a' beni lasciati dal fu D. Angelo Maria Simone. »»

« Di questa sentenza appellarono in principale gli attori Giusti, e per incidente la vedova Stilletti. Quelli si lagnarono, perchè aveano dimandata la successione intestata, per effetto della quale doveano loro aggiudicarsi tutt' i beni, e 'l tribunale avea loro accordato i soli beni pervenuti a D. Angelo Maria da D. Filippo in forza dell' atto del 1768; e perchè non dovea il tribunale tenere alcun conto dell' atto del 1795. pel motivo, che nulla valeva a pro della vedova Stilletti. Costei si dolse, perchè oltre la domanda, avea il tribunale accordato ai Giusti i beni pervenuti dall' istromento del 1768 pienamente rivocato dall' altro del 1795; con cui tutto era stato a lei donato, cioè tanto i beni di diretta pertinenza di D. Angelo Ma-

ia, quanto quelli, che allo stesso D. Angegelo Maria eran pervenuti da D. Filippo.

» La gran corte civile di Aquila con decisione del dì 21. novembre 1823. rigettò l'appello principale, e fece dritto a quello incidente. Quindi dichiarò spettare alla sig. Stilletti tanto i beni lasciati dal defunto suo marito D. Angelo, quanto quelli lasciati dal defunto suo cognato D. Filippo de Simone. In conseguenza »» rigetta (son le parole della decisione) la dimanda inoltrata dagli appellanti in principale signori Giusti, e li condanna alla multa di carlini 24, ed alle spese. »»

» Avverso questa decisione i signori Giusti si provvidero di ricorso per annullamento, i cui mezzi, inclusi quelli recentemente aggiunti, si riducono ai seguenti:

» 1. La gran corte civile ha violata la *L.* 15. *D. ad Leg. Corn. de fals.* allorchè ha negata la efficacia all'atto del 1768. in forza della detta legge, e delle concordanti. Siffatte leggi parlano de' testamenti scritti, e non mai de' pubblici istromenti, come si rileva dall'intero titolo del codice, *de his, qui sibi adscribunt.*

» 2. L'atto del dì 4. novembre 1795. non può affatto giovare alla signora Stilletti. Esso non contiene una donazione perfetta. La Stilletti non v' intervenne; nè posteriormente in vita del marito l'accettò mai. La gran corte ha espressamente violate le *LL.* 10, e 19. §. 7. *D de donat.*, e l'art. 932. dell'abolito codice civile. Nè è da distinguere tra le donazioni comuni, e quelle tra marito e moglie, poichè la *L*: 25. *C. de donat. inter vir. et uxor.* e la *nov.* 162. questa distinzione non fanno.

» 3. La decisione in esame ha violato l'art. 672. allorchè ha negato ai ricorrenti la qualità ereditaria con rigettare la dimanda, con cui ne avean chiesta la dichiarazione.

» 4. La decisione stessa ha violato l'art. 870. leg. civ. e 'l corrispondente 946. del cod. abolito, poichè ad essi ricorrenti almeno erano dovute le riserve.

» Udito il rapporto, presenti gli avvocati cavalier D. Nicola Nicolini, e D. Luigi Manzi pei ricorrenti, e D. Nicola Giglio per la convenuta; ed inteso il pubb. minist.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio;

» Vista la decisione: Visto il ricorso.

» Visto l'art. 750. del cod. civile, che era in vigore fino a tutto agosto 1819.

» Viste le *LL.* 10. e 19. *D. de donat.* e l'art. 932. del sopracitato cod. civile.

» Considerando, che la dimanda degli attori spiegata con la citazione del dì 12. giugno 1821. fu diretta ad ottenere la dichiarazione di essersi a lor beneficio aperta la successione intestata del q. D. Angelo Simone tanto pei beni proprj del medesimo, quanto per quelli pervenuti allo stesso dal predefunto D. Filippo de Simone: e per conseguente la condanna contro D. Serafina Stilletti a rilasciarli loro insieme co' frutti, per cui con legittimo documento provarono esser essi nel terzo grado di consanguineità col defunto, come figli della premorta germana del medesimo D. Maria Cristina Simone.

» Considerando, che dalla convenuta non si pose in dubbio il fatto, ma si oppose, ch'essa era giusta posseditrice e padrona de' beni a titolo *pro donato* fondata sopra l'atto del dì 4. novembre 1795.

» Considerando in conseguenza che non era da far quistione sulla dichiarazione della successione intestata aperta a beneficio degli attori. La disputa solamente si riduceva sulla validità del menzionato atto del dì 4 novembre 1795; onde aggiudicare i beni donati alla vedova Stilletti, o ai successori legittimi. Ma avendo la gran corte civile rigettata la domanda inoltrata dai signori Giusti, ha lor negata la dichiarazione dell'apertura della successione a lor beneficio, e perciò ha violato l'art. 750 dell'abolito cod. civile allora in vigore.

» Nè potrebbe dirsi, che riputando valida la donazione universale contenuta nell'atto suddetto del dì 4. novembre 1795. non vi è luogo alla successione, perchè anche in questo caso, comecchè nella donazione vi erano delle riserve *pro jure testandi*, bisognava pronunziare sull'aperta successione intestata, sopratutto, acciò avesse potuto indi giudicarsi sulla pertinenza delle riserve.

» Considerando in quanto alla validità dell'atto suddetto del 4. novembre 1795 che

quantunque sia vero che le donazioni tra marito e moglie sien sempre rivocabili in tutto il tempo della vita del donante, e perciò, che rimangono ferme, quando il donante venga a morte senza averle rivocate, pure non è da dubitare che l'atto per divenir valido, è necessità che sia perfetto per tutt'i lati. Se Giustiniano col cap. 1. della nov. 162 (ammettendone la verità, e l' autenticità) esentò dalla necessità della tradizione siffatte donazioni, esigette, che *perfecta omnia se habeant, quae ad talem donationem pertinent*; vale a dire esigette che dovessero essere per necessità accettate; non vi è alcun luogo di legge nel corpo del dritto romano, che dispensasse dalla necessità dell' accettazione le donazioni tra marito e moglie. Ove poi all'abolito cod. civ. sotto il cui impero morì D. Angelo Maria Simone, si voglia por mente, è precisamente lo stesso. E per verità come può dirsi perfetto un'atto di donazione, in cui la donataria non intervenne; nè accettò o riconobbe con qualche altro atto posteriore in tutta la vita del donante? Quindi la gran corte civile nel dichiarar valida la donazione, di cui si tratta, ha violate le *LL.* 10 e 19. *D. de donat.*, e l' articolo 932 del cod. civ. abolito

» Considerando finalmente, che sarebbe oziosità fermarsi sul valore e sulla fermezza dell'atto del dì 27 settembre 1768 come oggetto, che dalle cose già dette è rimasto pienamente assorbito.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema sulle uniformi conclusioni del pub. minist. annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato ad essa precedente, rinvia la causa per nuovo esame alla gran corte civile di Napoli, ed ordina di restituirs' il deposito ec.

» §. 35. In mancanza di figli e di discen-
» denti, di ascendenti, di fratelli, e di so-
» relle, e de' loro discendenti, la successio-
» ne apparterrà agli zii, ed alle zie, e quin-
» di al collaterale più prossimo, in qualun-
» que linea si trovino.

» Nondimeno la successione tra collaterali
» non si estenderà oltre del dodicesimo gra-
» do. *Art.* 673. *Leg. civ.*

Dal responso di Medestino vediamo, che secondo il dritto romano la successione non oltrepassava il settimo grado di parentela. Nota però Accursio, che oltre il settimo potea aver luogo l' ottavo grado, e seguenti.

» Non facile quod ad nostrum jus attinet, cum de naturali cognatione quaeritur, septimum gradum quis excedit: quatenus ultra eum fere gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur. *L.* 4. *D. de gradib. et af.*

Casus. Licet ultra septimum gradum difficile sit enumerare personas, tamen est septimus gradus, vel octavus, et deinceps.

Dei dritti de' figli naturali su' beni de' loro genitori, e delle successioni a' figli naturali morti senza prole.

» §. 36. I figli naturali succedono alla
» madre. Non succederanno al padre, se non
» sieno stati legalmente riconosciuti, ed in
» quei casi ne quali è per legge ammessa la
» pruova della paternità.

» Essi succedono nella metà della porzio-
» ne che loro sarebbe spettata, se fossero
» stati legittimi, quando il padre abbia la-
» sciato figli, o discendenti, o ascendenti le-
» gittimi. Ne conseguiranno due terzi, quan-
» do esistano congiunti collaterali in gradi
» successibili. Saranno ammessi alla totalità,
» quando questi non esistano. *Art.* 674.
» *Leg. civ.*

Chabot dell' Allier ci fa riflettere, che si distinguono tre sorte di figli naturali.

» Quelli nati da persone libere, che potevano a vicenda maritarsi sono chiamati colla sola denominazione di *figli naturali*: altra volta si chiamavano *bastardi semplici*.

» Si chiamano adulterini, quelli che sono nati da una, o due persone legate in matrimonio diverso.

» Si chiamano incestuosi quelli, che sono nati da due persone, cui la legge proibisce contrarre matrimonio insieme, a motivo del legame di parentela, o di affinità, che le unisce.

» Si chiamano anche *bastardi incestuosi* i figli del persone consegrate a Dio per un voto di castità.

» Secondo il dritto romano i figli nati da

persone libere succedevano alla loro madre naturale, congiuntamente co' figli legittimi, ch'ella poteva avere in seguito. *L. Hac parte*, *et L. Modestinus*, *ff. unde cognati*, *et §. fin. Inst. ad Orphitianum*, *et L. Si qua illustris*, *Cod. eodem.*

» In mancanza di figli legittimi, essi succedevano soli alla loro madre, e vantavano sopra i di lei beni un dritto di legittima.

» Si distingueva intanto la donna pubblica, dalla concubina.

» Allorchè la donna era pubblica, il padre era riguardato come incerto, ed in questo caso, se la donna era di una *condizione illustre*, i suoi figli naturali non succedevano co' suoi figli legittimi, secondo la legge, *Si qua illustris* 5. *C. ad senatus cons. Orphitianum.*

» Ma il padre era riguardato come certo allorchè la madre non era, che una semplice concubina, perchè nel concubinato credevasi trovare un'affezione costante: esso d'altronde era autorizzato dalle leggi romane, ed in quest'ultimo caso, i figli naturali, abbenchè la di loro madre fusse di una condizione illustre, succedevano come i figli legittimi.

» In riguardo al padre, non si aveva in considerazione nel dritto romano, che colui, ch'era legittimo, e non si ammisero i figli naturali a succedergli. *§. vulgo. Instit. de success. cognat.*

» Ma per la novella 118, *de triente*, *et semisse al §. consideremus autem* la novella 92 cap. 12 §. 4, e l'autent. *Licet C. de nat. liber.* l'imperadore Giustiniano concesse a' figli di una concubina il sesto dell'asse paterno, se il padre moriva senza figli legittimi; e questo sesto doveva esser diviso per capi tra la madre, ed essi.

» I bastardi potevano anche essere istituiti eredi testamentarii.

» Intanto gl'imperadori avevano interdetto al padre, che aveva la sua moglie, o figli legittimi, di accordare a de' bastardi, o alla loro madre, più della vigesima quarta parte de' suoi beni. *L.* 2. *C. de natur. lib.*

» Giustiniano estese questa quota disponibile sino al dodicesimo, ed accordò anche a' padri, che non avevano figli legittimi, ne ascendenti, la facoltà di tutto donare ai loro figli naturali, non riservando agli ascendenti, se ve n'erano, che la loro legittima. *Nov.* 89 *cap.* 12.

» Nell'origine della monarchia francese, non mettevasi differenza alcuna tra' bastardi, ed i figli legittimi: tanto gli uni, che gli altri succedevano tutti egualmente all'eredità de' loro genitori. La storia c'insegna, che Ugone Capet è stato il primo, che abbia stabilito in Francia, che i bastardi *nec genus*, *nec gentem habent.*

» Ma dopo quest'epoca i bastardi furono trattati col più gran rigore.

» In molte provincie del regno, eglino erano *servi*, e non potevano maritarsi senza il consenso del loro signore.

» Il dritto di testare era loro interdetto; intanto si accordò loro in seguito il dritto di disporre de' loro beni, sia tra vivi, sia per testamento, ed ad esercitare tutti gli atti civili.

» Erano inoltre esclusi anche dal fisco nelle successioni de' loro genitori, ed ascendenti, e non potevano da essi ricevere, che legati modici, e particolari. Quando non avevano nulla ricevuto avevano dritto a' semplici alimenti.

» Non v'era eccezione a tal riguardo, che nelle costumanze di S. Omer, d'Artois, e di Valenza, e nella giurisdizione del parlamento di Grenoble, in cui si ammettevano i bastardi alla successione della loro madre, in conformità della disposizione del dritto romano.

» Ma in tutti gli altri paesi di dritto scritto, e di costumanze i figli naturali erano dichiarati incapaci a tutte le successioni intestate, ad eccezione di quella de' loro figli legittimi.

» Le leggi del 4 giugno 1793, e 12 brumajo anno 2 piazzarono i figli naturali nella famiglia legittima, ed accordarono loro tutt' i dritti de' figli nati dal matrimonio.

» Quindi, come giudiziosamente l'ha osservato il consigliere di stato Treilhar, non attiensi giammai ad una giusta misura in riguardo a' figli naturali.

» Prima della rivoluzione essi venivano oppressi da un barbaro pregiudizio: si punivano per la colpa de' loro genitori, ed abbenchè nell'ordine della natura essi fussero della stessa condizione de' figli legittimi, poichè lo stes-

so sangue girava nelle loro vene, si ricusarono loro intanto tutt' i dritti della natura, e del sangue, anche quando non v' erano parenti legittimi, e si giunse anche a preferire ad essi il fisco.

» Dopo la rivoluzione al contrario si era introdotta una specie d'indifferenza, che piazzava nella stessa classe il concubinato, ed il matrimonio, accordando gli stessi dritti, e lo stesso rango nella famiglia a' figli della concubina, ed a' figli della moglie legittima: ciò era lo stesso, che scuotere dalle fondamenta queste unioni rispettabili, sanzionate da tutte le leggi domestiche, pubbliche, e religiose, che formano il bello, ed il sostegno della società.

» Il codice civile si è giustamente allontanato da' due estremi, ed ha preso un temperamento, che si concilia alla meglio colla giustizia, e colla morale pubblica.

» Così, egli proscrive tutte quelle ricerche odiose sulla paternità, che sì sovente turbavano le famiglie, e facevano eccheggiare i tribunali di cause sì scandalose.

» Non sono, che i figli naturali legalmente riconosciuti, cui attribuisce de' dritti, ed a questi anche, che sono riconosciuti legalmente, non accorda nè i dritti, nè gli onori della legittimità. Egli non li situa nella famiglia. Non li chiama, in veruni casi com' eredi (*Il nostro articolo in esame li considera però come tali*), ma garantisce loro il debito, che i loro genitori contrassero dando loro la vita, e che riconoscendoli il ratificarono, ed assicura loro infine i mezzi di sussistenza accordando loro un dritto sulle successioni de' loro genitori.

» Questo dritto è proporzionato al valore de' beni, e si trova più limitato allorchè vi sono de' figli legittimi, più esteso, allorchè non vi sono, che ascendenti, o de' fratelli, o sorelle, o discendenti di questi, e più considerevole ancora, quando i parenti sono a gradi più lontani (757) (674).

» Nel primo caso il dritto del figlio naturale legalmente riconosciuto è di un terzo della porzione ereditaria, ch' egli avrebbe conseguito se fusse stato legittimo.

» Nel secondo caso il dritto è della metà.

» Nel terzo è de' tre quarti.

» Giammai il figlio non avrà la totalità della successione, eccetto quando non vi siano parenti legittimi abili a succedere; ma allora egli sarà preferito al conjuge superstite, ed al fisco. Tal' è l' ordine della natura.

» I suoi discendenti godranno gli stessi dritti, se egli è premorto a' suoi genitori, perchè essi lo rappresentano (759) (675).

» Il figlio naturale, che non è stato riconosciuto, che o dà suo padre, o dalla sua madre, non avrà alcun dritto sulla successione di quello de' genitori, che non l'avrà riconosciuto.

» Secondo l' art. 337 (259) del codice civile, al titolo della paternità, e della filiazione, il riconoscimento del padre senza l' indicazione, e l'approvazione della madre, non ha effetto, che in riguardo al padre; e siccome l' art. 340 (263) interdice la ricerca della paternità, egli ne risulta che il riconoscimento fatto dalla madre, anche colla indicazione del padre, non può produrre alcun' effetto in riguardo al padre indicato senza il suo formale consenso.

» Il riconoscimento fatto durante il matrimonio da uno degli sposi a profitto di un figlio naturale, ch' egli avrebbe avuto prima del suo matrimonio da un' altro fuorchè dal proprio conjuge, non può nuocere nè a questi nè a figli nati da questo matrimonio; nulladimeno produce il suo effetto dopo lo scioglimento del matrimonio, se da questo non resti prole.

» Questa è la disposizione dell' art. 338 (290) del codice.

» Il figlio naturale non ha dunque, nel caso previsto in quest' articolo, alcun dritto sulla successione di quello de' conjugi, che l' ha riconosciuto, se questo conjuge lascia de' figli legittimi nati dal matrimonio, durante il quale fu fatto il riconoscimento.

» Non si può, che applaudire alla saviezza di questa disposizione.

» In tutt' i casi per un' atto autentico dev' esser fatto il riconoscimento di un figlio naturale, se non si è fatto nel suo atto di nascita. L' art. 334 (257) del codice imperativamente lo esige. Un riconoscimento fatto in un testamento olografo, o mistico, o in una lettera, o in qualunque altra privata scrit-

tura, non sarebbe dunque sufficiente; e non attribuirebbe alcun dritto al figlio naturale.

» Il padre, e la madre del figlio naturale hanno la facoltà di ridurre alla metà i dritti, che gli sono accordati dalla legge dandogli questa metà durante la loro vita.

» Ma assicurando a' figli naturali de' dritti sulle successioni de' loro genitori, egli bisognava anche usare delle precauzioni per impedire a' genitori di eccedere la porzione fissata dalla legge: se la natura ha i suoi dritti, la famiglia legittima ha anche i suoi, che bisognava rispettare egualmente. Vi sono molti esempii di donazioni immense, ed anche universali strappate dalla seduzione a discapito de' parenti legittimi, ed ecco perchè nella legislazione antica i figli naturali non potevano ricevere da' loro genitori, ed anche da' loro avi, che de' modici legati. È per la stessa ragione, che il codice civile al titolo delle donazioni, e testamenti, 908 (824) dispone, che i figli naturali non potranno per donazione tra vivi, o per testamento nulla ricevere al di là di ciò, ch' è loro accordato al titolo delle successioni; e questa disposizione si applica a' loro discendenti.

» Eglino sono dunque tenuti come anche i loro discendenti ad imputare tuttocciò, che han ricevuto da' loro genitori, la di cui successione è aperta, e che sarebbe soggetto a colazione nelle successioni ordinarie (760) (676).

» Bisogna d' altronde osservare con attenzione, che i figli naturali non hanno dritto, che sulle successioni de' loro genitori, cioè a dire sù i beni, che il loro padre, e la loro madre lasciano nella loro morte 756 (674); che in conseguenza, se i loro genitori avevano validamente disposto prima della loro morte della totalità de' loro beni per atti tra vivi, in modo, che non resterebbe cosa alcuna nelle loro successioni, i figli naturali non avrebbero verun dritto reale a reclamare: eglino non potrebbero ottenere la riduzione delle donazioni. La legge non limitando la facoltà di disporre, che in favore de' discendenti, ed ascendenti legittimi, ne risulta, che l' esistenza de' figli naturali non impedisce al padre, ed alla madre di disporre per atti tra vivi della totalità de' loro beni a profitto anche degli estranei.

» I figli naturali, ha detto il Tribuno Jaubert nel suo rapporto sul titolo delle donazioni, e de' testamenti, non potrebbero essi dunque reclamare anche la riduzione delle donazioni tra vivi? Giammai. La legge stabilisce la riserva pe' figli legittimi: *qui de uno dicit, de altero negat.* »

» In verità soggiunge il Tribuno Jaubert il titolo delle successioni vuole, che il dritto del figlio naturale su i beni de' suoi genitori premorti sia di una quota secondo la qualità degli eredi presuntivi; ma questo dritto non si riferisce, che alla successione: i figli naturali non possono dunque esercitarli, che sulla successione *tale qual' ella è.* Or i beni donati non sono più nella successione. »

» Egli sarebbe altrimenti se i beni non erano stati donati, che per testamento; essi si troverebbero nella eredità, giacchè ogni donazione a causa di morte non ha il suo effetto, che dopo la morte del donante.

» Quel, che bisogna anche osservar bene si è, che in verun caso il codice accorda a' figli naturali, anche legalmente riconosciuti alcuna sorta di dritti sù i beni de' parenti de' loro genitori 756 (674); essi non possono dunque nè succedere agli ascendenti ed a' collaterali de' loro genitori, nè nulla reclamare sù i loro beni, perchè in effetti non sono della stessa famiglia.

» Intanto allorchè i figli naturali sono legittimati pel susseguente matrimonio de' loro genitori, e nelle forme volute dalla legge, eglino hanno gli stessi dritti, come se fussero nati dal matrimonio; sono riputati legittimi, e trattati come tali; e siccome essi sono membri della famiglia, eglino succedono a' parenti, ed i parenti succedono loro, secondo l' ordine stabilito, come se fussero nati dopo il matrimonio.

» Quest' era la regola del dritto scritto che si trova consegrata nell' art. 333 (255) del del codice civile.

» La legittimazione può anche aver luogo secondo l' art. 332 (253) in favore de' figli morti, che han lasciato de' discendenti, ed essa giova a questi discendenti, che fa entrare nella famiglia legittima. *Chabot dell' Allier sulle successioni Tit. 6. cap. 1.*

» Osservate, dice inoltre Delvincourt, che

l'articolo non dice che il figlio naturale avrà il terzo della porzione del figlio legittimo ciò ch'è ben diverso. Supponiamo infatti due figli l'uno legittimo, e l'altro naturale, ed una successione di 24 mila fr. Se il figlio naturale dovesse avere il terzo della parte del figlio legittimo, questo avrebbe 18 mila fr. e 'l figlio naturale 6 mila; ma come al contrario è il terzo di ciò che avrebbe avuto se fosse stato legittimo, e che in questa ipotesi egli avrebbe avuto 12 mila fr. egli non potrà reclamarne che soli 4 mila.

» Del rimanente questa disposizione non presenta alcuna difficoltà quando non vi esiste che un figlio naturale; ma quando ve ne sono molti, si è quistionato se si dovessero supporre tutti legittimi in una volta, affine di determinare in questo caso la porzione ch'essi avrebbero avuta, e darne loro il terzo; o pure se far si doveva la parte di ciascuno come concorrente co' figli legittimi, e co' figli naturali. Quindi nella ipotesi di due figli naturali Pietro, e Paolo, ed uno legittimo, dovendo dividersi una successione di 63 mila fr., debbonsi supporre tutti e tre legittimi, ciò che importerebbe per ciascuno 21 mila fr., il di cui terzo, spettante a ciascun figlio naturale sarebbe di 7 mila? Oppure deesi far la parte di ciascuno di essi separatamente, e come s'egli fosse legittimo, e che concorra con un figlio legittimo, ed un figlio naturale? Così in quest'ultimo sistema Pietro direbbe: se io fossi legittimo concorrendo con un figlio legittimo ed un figlio naturale, spetterebbero al mio fratello naturale 7 mila fr., io dividerei i rimanenti 56 mila col mio fratello legittimo, il che importerebbe per ciascuno 28 mila fr. di cui debbo avere il terzo, vale a dire 9333 fr. Paolo farebbe pure lo stesso raziocinio. La parte di ciascuno si troverebbe dunque aumentata di 2333 fr., e quella del figlio legittimo diminuita di 4666. Si dà per motivo di quest'ultima opinione che la parte di un coerede debb'essere più considerevole in ragione di ciò che i suoi coeredi hanno dritto di prender di meno; e che per conseguenza la parte del figlio naturale concorrente con un naturale ed un legittimo debb'essere maggiore di quella che avrebbe se egli concorresse con due figli legittimi.

» Ma in prima osservate, ch'è bisognato lambiccarsi il cervello per elevare, e risolvere così tale questione; poichè certamente nel caso proposto il senso dell'articolo che più naturalmente si presenta allo spirito consiste in supporre tutt'i figli insieme legittimi, far quindi le loro porzioni, e darne il terzo a ciascun figlio naturale. Dobbiamo dunque presumere, che tale sia stata egualmente la intenzione del legislatore. D'altronde quando ne risultasse un leggiero aumento nella parte del figlio legittimo, egli è certo che anche nel dubbio il favore della legittimità dovrebbe prevalere. Finalmente bisogna osservare che questo sistema non può conciliarsi colle altre disposizioni dell'articolo 757 (674). Prendiamo in fatti l'ultima ipotesi di questo articolo, quella di due figli naturali Pietro, e Paolo, concorrendo coi collaterali, e stabiliamo la parte che avrebbero nel sistema che noi ora combattiamo.

» Pietro si presenta, e dice: io debbo avere i tre quarti di ciò che avrei se fossi legittimo; ora se io era legittimo concorrendo con un fratello naturale sarei tenuto di abbandonargli solamente il sesto della successione; avrei dunque i cinque sesti che rimangono; siccome io sono figlio naturale concorrendo coi collaterali debbo avere i tre quarti di ciò che avrei avuto se fossi stato legittimo: se io fossi stato legittimo avrei avuto i cinque sesti; debbo dunque avere i tre quarti di questa somma, o quindici ventiquattresimi, cioè cinque ottavi. Paolo viene in seguito, e fa lo stesso calcolo, e ne risulta ch'essi hanno dritto ai trenta ventiquattresimi, o a cinque quarti della successione, vale a dire ad un quarto dippiù della sua totalità; il che è assurdo, e dimostra la impossibilità di adoperare altrimenti che supponendoli tutti ad un tempo legittimi. *Delvincourt. Corso di cod. civ. vol. 4. nota 64 al tit. 3.*

Nella suprema corte di giustizia trattata la quistione se i figli naturali, anche legittimati per rescritto del principe potessero concorrere alla successione co' figli legittimi e na-

turali, con decisione de' 22 luglio 1819 fu risoluto, che nò, consagrandosi la massima che a' figli naturali sian dovuti soltanto gli alimenti. Nella decisione stessa fu inoltre stabilito, che il dritto a domandare gli alimenti compete solo a coloro, che sian nati, o concepiti in vita di colui, dal quale si pretendono, cosicchè i nipoti non possono pretenderli dall' eredità dell' avo premorto al di loro concepimento.

» *Fatto*. D. Giuseppe, D. Marianna, D. Teresa, e D. Nicolina Sansò dedussero nel già S. R. C. la eredità di D. Annibale Sansò seniore, e chiesero di succedere alla medesima per la intermezza persona di D. Carlo lor padre, figlio naturale di detto Annibale, e nella contraria ipotesi, di accordarsi loro gli alimenti sopra li beni di detto loro avo, non che un supplimento di quelli non corrisposti pienamente al defunto lor padre.

» D. Annibale Sansò juniore si oppose all' azione proposta, sul motivo, che D. Annibale seniore dopo nato Carlo avea avuto una legittima moglie, ed un figlio legittimo, e naturale; e perchè essendo morto il D. Annibale, e D. Carlo, gli attori si ritrovavano in parentela naturale in quarto grado per dritto civile. E finalmente perchè il D. Carlo con pubblico istromento de' 27 febbrajo 1762 avea transatti tutti li suoi dritti col padre D. Annibale, contentandosi di ducati cinque al mese vita sua durante.

» Il S. C. nel 1804 diè termine ordinario, che venne confermato anche in grado di nullità a' 26 settembre 1805.

» A' 16 gennajo 1816 i suddetti Giuseppe, e sorelle Sansò rinnovarono l'azione dedotta nel tribunale civile di Terra di Lavoro, il quale con sentenza de' 9 settembre 1816 rigettò le domande degli attori, e li condannò ancora alle spese del giudizio. Essi appellarono di questa sentenza.

» La gran corte civile di Napoli a' 22 settembre 1817 emise la seguente decisione.

»» Rigetta definitivamente l'appello prodotto avverso la sentenza del tribunale civile di Terra di Lavoro in quanto alla successione alla eredità di D. Annibale Sansò il vecchio, ed in quanto agli alimenti domandati per proprio dritto da' signori D. Giuseppe, D. Marianna, D. Teresa, e D. Nicolina Sansò; ed ordina che per queste parti la suddetta sentenza sia eseguita. In quanto poi al supplimento di alimenti, che avrebbero potuto esser dovuti al defunto D. Carlo Sansò si riserva di provvedere all' udienza del giorno 10 novembre dietro il rapporto del giudice Franceschini.

» Li suddetti Giuseppe, e sorelle Sansò si dolsero di questa decisione con ricorso prodotto nella corte suprema di giustizia. Essi hanno assunto 1.° Che la gran corte civile ha fatta una falsa applicazione della novella 117, *ut liceat matri, et aviae. Cap.* 2, da cui è desunta l'autentica *si quis liberos. Cod. de natural. lib.* 2. Che ha violato eziandio la disposizione dell'articolo 321 del cod. civile, in cui si dispone » che niuno possa muovere controversia sopra lo stato di colui, il quale ha un possesso conforme al titolo della sua nascita. » Che da diverse scritture pubbliche si rileva, che il Carlo fu costantemente riconosciuto per figlio legittimo dal suo padre Annibale, e finchè visse fu sempre in possesso di un legittimo stato corrispondente al registro de' libri battesimali, in cui fu portato come nato *ex Annibale Sansò, et Sancta Andreana Seuris conjugibus*. 3.° Ha violato il dritto pubblico delle genti, essendosi la legittimazione ottenuta per rescritto del principe. Carlo Sansò a dimanda del padre fu legittimato con rescritto del Papa Clemente XII. di cui era suddito essendo nato in Roma. Nel 4. 5. 6. 7. ed 8. mezzo di annullamento han detto di essersi violate le seguenti leggi del dritto romano, cioè l'autentica *Licet. C. de Natur. liber.* la *L.* 8. §. 5. *Cod. de bonis quae liber.*, la *L.* 8. *ff. de agnosc. et alen. liber.*, la *L.* 5. *ff. eodem*, e la *L.* 20. *ff. de verb. signif.* 9.° Ha violati gli articoli 757 e 759 del codice civile provvisoriamente in vigore, nell' ultimo de' quali è scritto. »» In caso che premorisse il figlio naturale, i suoi figli, o discendenti possono reclamare i dritti stabiliti negli articoli precedenti; i quali parlano di successione alla proprietà de' beni e che debbono per priorità di ragione osservarsi in materia di alimenti. Ha violato finalmente il R. Rescritto de' 22 maggio 1779, col quale nel dub-

bio proposto dal già S. R. C. se un pro zio paterno fosse obbligato ad alimentare i nipoti, non essendovi alcuna legge, che l'obbligasse a prestarli, S. M. rispose affermativamente, e ne addusse la poderosissima ragione, che non manca la legge, quando la decisione viene avvalorata, sostenuta e dettata dalla ragion naturale.

» Udito il rapporto: ec. ed inteso il pub. minist., che colle sue verbali conclusioni ha chiesto il rigetto del ricorso: » Vista la decisione: visto il ricorso.

» Considerando, che i figli di Carlo Sansò figliuol naturale di Annibale, non potendo pe' dritti trasfusili dal padre aspirare alla successione del detto Annibale di loro avo naturale; stante la concorrenza de' figli legittimi, e naturali del medesimo; han preteso di doversi il di loro padre riputare legittimo, o almen legitimato.

» Considerando, che la legge riconosce per figli legittimi, ove sono le giuste nozze, e qualunque pubblica asserzione fatta dal padre non altera lo stato del figlio. *L. 5. C. de testamentis, e L. 14. C. de probationibus.*

» Considerando, che malamente si oppone agli enunciati stabilimenti legali il cap. 2. della novella 117 ov' è scritto, che se taluno, avendo un figlio, o una figlia da una donna, colla quale avrebbe potuto esservi matrimonio, dica in una pubblica scrittura di esser l'uno, o l'altra suoi figli, senz'aggiungervi la parola *naturale*, di esser tali figli legittimi, e di non doversi da essi richiedere altra pruova, ma di dover godere di tutti i dritti, che le leggi accordano a' figli legittimi, e naturali. Non venne con questa legge introdotta una nuova maniera per legittimare i figli naturali, ma additata una presunzione, che non esclude il fatto in contrario, qualora sia chiaro, e manifesto. Le seguenti espressioni della stessa novella - *Ex hoc enim cum eorum matre monstratum legittimum habuisse matrimonium* - dinotano di essersi nella medesima voluto stabilire una semplice presunzione da aver luogo però sempre quando non urtasse il contrario, e da dover cedere alla verità manifesta.

» Considerando, che i fatti consegnati nella decisione impugnata non fan dubitare che Annibale Sansò procreò in Roma nel 1726. Carlo Sansò con Santa Andreana Securi, colla quale non erano precedute le giuste nozze; di maniera, che tanto da Annibale Sansò, quanto dalla Securi furono posteriormente con altri contratte legittime nozze. E lo stesso Annibale volendo avviare il suo figlio naturale Carlo per lo stato ecclesiastico, ne dimandò la legittimazione, che ottenne con Rescritto Pontificio. Questi fatti positivi, ed assoluti, la cui verità non può essere recata in dubbio, escludono tutte le presunzioni, che si potrebbero far sorgere da alcune dichiarazioni alle quali si contropongono fatti incontrastabili, che distruggono ogni presunzione, ed argomento. Quindi non è stata violata la disposizione della citata novella per la ragione, che essendo evidente il fatto, è cosa inutile e vana ricorrere alle presunzioni per distruggere la verità manifesta.

» Considerando, che esclusa la qualità di figlio legittimo e naturale nella persona di Carlo Sansò si ricorre al Rescritto Pontificio, con cui si pretende di essere stato legittimato. Prescindendo dall'esaminare qual vigore potesse avere nel regno un tale Rescritto e volendo concedere al medesimo tutta la forza, ed efficacia a poter rendere legittimo Carlo Sansò, pure attenta la limitazione in esso contenuta *absque tamen praejudicio venientium ab intestato*, non può essere invocato da' figli di Carlo Sansò per concorrere, rappresentando il padre, alla successione di Annibale Sansò di loro avo naturale insieme co' di costui figli legittimi, e naturali, perchè i dritti di costoro furono espressamente rimasti salvi nel Rescritto Pontificio, a cui si ricorre.

» Considerando, che la legittimazione contenuta nel Rescritto Pontificio, escludendolo dal concorrere alla successione del padre naturale in pregiudizio de' figli legittimi e naturali, altro dritto non potea loro competere, se non quello degli alimenti. *Novella 89. cap.* 12. - *Quibus modis natural.*

» Considerando, che il dritto a ricevere gli alimenti, quantunque competa in linea retta a tutti i discendenti, tanto se siano solamente naturali, quanto legittimi, e naturali *L. 2. §. 5. D. de bonis quae liberis*,

e *L.* 5. §. 10 *de agnoscendis, et alendis liberis., aut. licet. cod. de liber.*, pure colui, che chiede gli alimenti dev' esser nato, e concepito in vita di colui, dal quale si pretendono, di modo che la nascita, o il concepimento sono in luogo di condizione per ricevere gli alimenti. *L.* 6. *D. de suis, et leg. hered. L.* 1. §. 8. *D. unde cognati.*

» Considerando, che nel fatto non si dubita, che i figli di Carlo Sansò incominciarono à nascere dal 1775 in poi, quando già sin dal 1762 era morto Annibale Sansò loro avo naturale, dal quale si pretendono gli alimenti. Questa circostanza di non esser nati, nè concepiti in tempo che morì l'avo, li esclude da ogni dritto di alimenti sulla di lui eredità.

» Considerando, che la gran corte civile avendo giudicato conforme agli espressi legali principj non ha violata la legge; e tutte quelle citate nel ricorso per annullamento essendo inapplicabili al fatto, invano si reclama l'annullamento della impugnata decisione

» Per le indicate considerazioni rigetta il ricorso. ec.

» §. 37. Nel caso di premorienza de' figli naturali, i figli e discendenti de' medesimi potranno rappresentarne i dritti stabiliti nell' articolo precedente. *Art.* 675. *Leg. civ.*

Osserva Maleville che » si domandò se il richiamo il quale si concede a' figli e discendenti del figlio naturale, fosse concessa soltanto ai figli legittimi, od anco a' figli, e discendenti naturali. Si rispose che questo dritto si trasfondeva nella prole naturale in quella proporzione che le veniva a competere nella successione del padre suo; di modo che non avendo questi dritto che sopra un terzo, i suoi figli naturali non potevano pretendere che il terzo, o sia la nona parte della successione dell' avo; mentre il figlio legittimo del figlio naturale ne avrebbe avuto il terzo intero. In seguito di tale risposta l'articolo venne adottato.

» Nondimeno possono insorgere de' dubbj sull'aggiustatezza di questa risoluzione, atteso l'articolo 756, il quale dice che la legge non accorda alcun dritto al figlio naturale sopra i beni de' parenti de' suoi genitori. Autorizzare il figlio naturale a pretendere qualche cosa della successione dell' avo, sarebbe lo stesso che accordargli dei dritti sopra i beni appunto de' parenti medesimi.

» Questa objezione è forte; ma la volontà del legislatore, di cui si ha un indizio manifesto ed incontrastabile nel processo verbale debbe andare al di sopra di ogni considerazione. L'articolo 759 dovea essere ravvisato come una eccezione alla regola generale del articolo 756 (674). Si può anche dire che l'articolo 759 non ha solo parlato de' figli legittimi del figlio naturale, ma de' suoi figli in generale. *Osservazione all' art.* 759 *del cod. civ.*

Toullier a queste ragioni soggiunge che » è ben difficile arrendersi. Il consiglio di stato non è legislatore: esso non ha che la iniziativa della legge, o piuttosto non è incaricato che di compilarne il progetto il quale non ha forza di legge se non quando il progetto è decretato dal corpo legislativo, e promulgato secondo le forme di rito. Aggiungasi che la osservazione di cui parla Maleville non fu adottata. Il console Cambaséres domandò nella seduta del 2 nevoso anno 11. pag. 359 del processo verbale, se il figlio naturale del bastardo godrà del beneficio dell' art. 759. (675.). Berlier osservò che l'articolo non può applicarsi ad un tal figlio, perchè esso non è erede. Il console Cambaséres objettò che sebbene » il figlio naturale non sia erede, egli ha intanto il dritto ad un terzo di una parte ereditaria nella successione di suo padre. L'articolo trasmette questo dritto ai suoi discendenti: ora se non vi sono che figli naturali, essi avranno la nona parte nella successione del loro avo. »

» Ma il processo verbale non parla che il consiglio abbia avuto riguardo a questa objezione. Al contrario dice semplicemente » L'articolo è adottato. » Così l'osservazione del signor Berlier sussistette, e la objezione di Cambaséres non produsse alcuna emendazione.

» Riguardo alla osservazione che l'articolo 759 (675) parla de' figli o discendenti in generale, basta rispondere che questo articolo non può riguardare che i figli e discendenti legittimi; giacchè esso accorda loro per intero i dritti che avrebbe avuto il

loro padre: tale ancora è la opinione di Chabot nella 5. ediz. del suo Trattato delle successioni tomo 2. pag. 219 e seg. *Toullier. Corso di dritto civile tomo* 4. *nota* 1. *al n.* 259.

» §. 38. Il figlio naturale o i suoi discen» denti saranno tenuti ad imputare nella por» zione loro dovuta tutto ciò che avessero ri» cevuto dal padre o della madre, e che sia » soggetto a collazione, secondo le regole » stabilite nella sezione 11. capitolo VI. di » questo titolo. *Art.* 676. *Leg. civ.*

» Benchè il figlio naturale, dicono gli autori delle pendette francesi, non sia erede, è ciò non ostante soggetto ad una sorta di collazione di tutto ciò che gli è stato dato anticipatamente da suo padre o da sua madre; per la ragione, che ciò ch'egli ha ricevuto è un acconto che gli è stato dato sul suo credito; ed in conseguenza dee compensarlo. Se gli è stato dato più di quello che gli toccava, dee restituire ciò che supera la parte che gli è stata assegnata.

» Non si mette in dubbio ch'egli debba fare questa compensazione o restituzione cogl'interessi dal giorno dell'apertura della successione. La legge dice, che dee fare queste compensazioni o restituzioni secondo le regole stabilite per le collazioni tra coeredi.

» Egli vi è obbligato in un modo anche più stretto; imperciocchè non ne potrebbe essere dispensato colla dichiarazione che farebbe il padre nel suo testamento ch'egli intende donargli per antiparte o fuori parte; per la ragione che il codice civile non permette al padre di donare al figlio naturale, sia per donazione sia per testamento, più di ciò che gli accorda sulla successione.

» Ma da questi termini risulta che il figlio naturale non è tenuto a collazionare ciò che il padre o la madre hanno speso pel suo vitto, mantenimento, ed educazione; nè altre spese simili che non sono soggette alla collazione in caso di successione. *Osservaz. al. art.* 760. *del cod. civ.*

Vedi - *Collazione*, §. 12.

Il figlio naturale potrà esigere la collazione de' doni fatti agli eredi coi qua i concorre? Dalvincourt secondo li suoi principj pensa che possa esigerlo pei legati, è non per le donazioni tra vivi. » Egli, dice questo giureconsulto, non ha dritto che sui beni del padre, e della madre morti. Gli oggetti legati fan parte di questi beni, ma non quelli che furono donati tra vivi. In conseguenza la quota parte che gli spetta debb'essere determinata soltanto secondo la massa de' beni esistenti alla morte.

» Ma se egli non può esigere la collazione degli oggetti donati tra vivi potrà almeno esigere che s'imputino? Così un uomo avendo due figli legittimi, ed uno naturale, e cinquanta mila franchi di beni, dona tra vivi ventiquattromila franchi a ciascuno de' suoi figli legittimi, non ne restano che due mila nella successione. I due figli legittimi potranno ridurre il loro fratello naturale alla nona parte di questa modica somma, o dividere ancora il rimanente? O non potrà costui forzarli a rinunciare alla successione, o almeno ad imputare ciò che hanno essi ricevuto su di quello che loro ricade nella successione del padre comune? Vi è in vero questa differenza fra tale operazione, e la collazione; che se vi fosse luogo a quest'ultimo egli potrebbe, concorrendo coloro alla successione, forzarli a rimettere nella massa 48,000 franchi ch'essi hanno ricevuto, e prendere la sua nona parte sulla totalità dei 50,000 franchi, quando che colla imputazione egli non li obbligherebbe a rendere cosa alcuna, ma loro impedirebbe soltanto di prender nulla su i 2000 che restano, i quali in questa ipotesi gli apparterrebbero per intero. Quest'ultima maniera sembrerebbe effettivamente molto equa; ma non può conciliarsi col principio da noi stabilito. Se il figlio naturale non ha alcun dritto, come noi lo pretendiamo, che su i beni lasciati in morte dai suoi genitori, ne segue che quelli i quali furono donati tra vivi gli sono interamente estranei, che essi hanno a suo riguardo come non esistenti, e che in conseguenza egli non può domandarne nè collazione nè imputazione. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 73 *al tit.* 3. *tomo* 4.

Risulta da tutto ciò, che il padre, e la madre, al dir di Toullier, ai quali la legge permette di vantaggiare i loro figli legittimi, non avendo lo stesso dritto relativamente ai naturali, essi non possono donare a questi

ultimi cosa alcuna in anteparte, e fuori della loro porzione: essi non possono nè direttamente nè indirettamente accrescere la porzione che la legge loro assegna. *Toullier. Corso di dritto civile tomo 4. n.* 260.

» §. 39. I figli naturali ancorchè riconosciuti non avranno alcun dritto sù beni de' congiunti del padre, o della madre loro. *Art.* 677. *Leg. civ.*

Giustiniano rescrisse parimenti, che il figlio legittimato *per oblationem curiae* fosse riguardato il solo legittimo successore del padre, e non già dei di costui agnati, e cognati:

» Communium rerum esse utilitatem recte judicantes, lucidis, et ab omni ambiguitate segregatis legibus uti nostro subjectos imperio ad praesentem sanctionem venimus; per quam omni dubitatione amputata, quae usque adhuc obtinebat, certissimum facimus, ut quoties naturalis filii curiali fortunae patriae sui genitoris assignantur, vel adhuc vivente patre, vel post ejus obitum pro dispositione testamenti ab eo conditi; et eo modo legitima jura in paterna successsione adipiscantur, ut (quod recte fieri minime dubium est) licet illustrem dignitatem ex qua curialis fortunae liberatio competere non potest, naturales filii antea meruerint; ne permittatur eis contra substantiam ab eodem naturali patre descendentium, vel ascendentium, vel ex latere agnationis, vel cognationis jure eidem patri conjunctorum (licet ipsi legitimi successores eidem naturali patri per memoratam fortunam efficiantur) aliquod jus sibi vendicare. *L.* 9. *Cod. de naturalibus liberis.*

» Si era agitata la quistione di sapere, osserva Chabot dell'Allier, se i figli naturali riconosciuti, ma non legittimati, i di cui genitori eran morti dopo la pubblicazione della legge del 12 brumajo anno 2. sino alla promulgazione de'titoli del codice civile sulla paternità, e la filiazione, e sulle successioni, dovevano succedere conformemente alla disposizione della legge del 12 brumajo, che li trattava come figli legittimi, o se i loro dritti dovevano essere regolati dalle disposizioni del codice civile.

» Questa quistione ch'era stata molto controvertita tra i giureconsulti e diversamente decisa da' tribunali è risoluta dall'art. 1. della legge transitoria del 14 fiorile anno 11.

» Quest'articolo prescrive, che i dritti de' figli, di cui si tratta, saranno regolati dalla maniera prescritta da'titoli del codice civile sulla paternità, e filiazione, e sulle successioni.

» Nulladimeno l'art. 2. ordina l'esecuzione delle disposizioni tra vivi, o testamentarie anteriori alla pubblicazione de'titoli precitati del codice civile, pe'quali si sarebbero fissati i dritti de' figli naturali, salvo però la riduzione alla quota disponibile a termine del codice stesso, e salvo anche un supplimento in conformità dell'art. 51 della legge sulle successioni, nel caso in cui la porzione legata, o donata sarebbe inferiore alla metà di ciò che dovrebbe spettare al figlio naturale secondo la stessa legg.

» L'art. 3. ordina anche l'esecuzione pura, e semplice delle convenzioni, e sentenze passate in forza di cosa giudicata, per le quali lo stato, ed i dritti de' detti figli naturali sarebbero stati regolati.

» Sino al presente non si è parlato, che de'figli naturali semplici, cioè a dire di quelli, che son nati da due persone libere, che potevano entrambi contrar matrimonio. *Chabot dell'Allier. Sulle successioni Tit.* 6. *cap.* 1.

» §. 40. I figli adulterini, gl'incestuosi ed altri nati da condannate unioni, non avranno dritto che ai soli alimenti. *Art.* 678. *Leg. civ.*

» I figli adulterini, o incestuosi, prosiegue lo stesso Chabot, non succedono in verun caso ad alcuno de' loro genitori, e non hanno verun dritto sulle loro successioni 762 (678): essi non possono esser legittimati pel susseguente matrimonio 331 (253).

» Tal'era anche la disposizione del dritto scritto, e di alcune costumanze. Ella era di dritto comune in tutta la Francia prima della legge del 12 brumajo anno 2, che accordò a'figli adulterini il terzo in proprietà della porzione, alla quale eglino avrebbero dritto se fussero nati dal matrimonio.

» Il dritto romano giungeva sino a negare a'figli adulterini, ed incestuosi la qualità di figli naturali come se la natura li avesse disapprovati.

» Giustiniano avea anche prescritto che questi figli non avessero potuto domandare nemmeno gli alimenti nè all'uno, nè all'altro de' loro genitori.

» Ma questa legge, ingiusta, e barbara non era seguita in Francia: si accordavano, ne' paesi di dritto scritto come ne' consuetudinarii, gli alimenti a' figli incestuosi, ed adulterini; ed il codice civile li assicura loro egualmente 762 (678).

» Questi figli hanno almeno dritto alla pietà: e come il delitto de' genitori potrebbe esimerli dal fornire almeno gli alimenti a quegli esseri disgraziati, cui essi han dato la vita?

» Questi alimenti saranno regolati, avuto riguardo alle facoltà de' genitori, ed al numero, ed alla qualità de' figli legittimi (763) (679).

» Allorchè il padre, o la madre del figlio adulterino, o incestuoso, gli avrà fatto apprendere un'arte meccanica, o che l'uno de' due gli avrà assicurato gli alimenti mentre viveva, questo figlio non potrà promuovere alcun reclamo contro le loro successioni (764) (679).

» Queste misure conciliano, per quanto è possibile, la giustizia e l'umanità, col riposo, e la tranquillità delle famiglie.

» Non è che in casi infinitamente rari, in cui i figli adulterini, o incestuosi possono esser ammessi a reclamare gli alimenti, la ricerca della paternità, ed anche della maternità essendo loro proibita dall' art. 335 (258), e l'art. 331 (253) interdice espressamente di riconoscerli.

» Ma l'esistenza di questi figli è un fatto, che può esser qualche volta dimostrato indipendentemente dalla riconoscenza de' genitori, e dalla ricerca della paternità, e della maternità.

» Così, allorchè la legittimità di un fanciullo sarà stata validamente negata da un marito, e che sarà stato giudicato il frutto dell'adulterio, nel caso previsto dal capitolo I. della legge sulla paternità, e filiazione, allorchè un'uomo avrà sottoscritto come padre un'atto di nascita senza far conoscere, ch'egli è maritato con altra donna diversa dalla madre del neonato, o che la madre è sua parente o affine, ne' gradi proibiti pel matrimonio, in tutt'i casi finalmente, in cui astrazione fatta dal riconoscimento, e dalla ricerca della paternità, o della maternità, vi sarà prova, ch' esiste un figlio, avrà dritto agli alimenti contro quelli, che saranno conosciuti suoi genitori.

» Ma per ottenere gli alimenti, egli non sarebbe sufficiente, che un figlio, che si direbbe adulterino, o incestuoso domandasse di far prova, che coloro, contro i quali egli reclama gli alimenti sono realmente suoi genitori: non basterebbe anche, ch'egli fosse stato espressamente riconosciuto.

» Nel primo caso la prova non potrebbe essere ammessa, perchè essa tenterebbe a ricercare la paternità, o la maternità, ciocchè è espressamente interdetto a' figli adulterini, o incestuosi.

» Nel secondo caso la riconoscenza essendo nulla, poichè ella è proibita dalla legge, non potrebbe produrre alcun'effetto. *Chabot dell'Allier Sulle successioni. Tit.* 6. *cap.* 1.

I semplici bastardi non riconosciuti hanno il medesimo dritto? La corte di cassazione di Parigi con decisione de 3. ventoso anno 11 professò la negativa.

» *Fatto*. Nel corso dell' anno 9 la giovane Desforges cita Sprimont dinanzi al tribunale di prima istanza, perchè sia condannato a pagare le spese del puerperio da lei sostenute, e quelle degli alimenti del bambino, che ella mise alla luce, a cagione della instrinsechezza avuta col medesimo.

» Sprimont nega di esser padre. Domanda la giovane ch' egli interrogato intorno a certi fatti, e a certe circostanze, risponda.

» Sprimont ricusa di farlo. Una sentenza ve lo astringe: guarda non ostante il silenzio. Il tribunale lo condanna a pagare.

» Sprimont se ne appella al tribunale superiore di Liegi, il quale a 8 fiorile anno 9 conferma la prima sentenza 1.° pel motivo, che la investigazione della paternità non è interdetta, se non quando s' intenda di succedere, e non già quando si abbia prefisso di ottenere soltanto degli alimenti: 2.° per la necessità che vi è che il figlio sia alimentato, e lo sia a spese di colui che tutte le apparenze dimostrano esserne il padre: 3.°

per la conseguenza innocente di questi alimenti, onde non può scaturire la pruova della filiazione; particolarmente allorquando si vede, che la giovane Desforges non impetra per suo figlio la successione, ma gli alimenti soltanto, ch'è urgente, e giusto l'accordare; dappoichè Sprimont ricusa di nulla dire intorno ai fatti che gli si oppongono.

» Ricorso in cassazione. Decisione. Eccone le ragioni compendiate.

» La legge 12 brumale anno 2 ha regolati i dritti, e fissato lo stato de' figli naturali senza verun riguardo nè alla pretesa della successione, nè a quella degli alimenti. Ha interdetta ogni ricerca di paternità, che non sia fatta nella forma prescritta in questa legge. La paternità è indivisibile. Un padre non può esser padre in un caso, e non esserlo in un altro. La domanda degli alimenti è fondata sulla paternità; e quando questa non può mettersi in luce, non si può nemmeno mettersi in campo la pretesa degli alimenti, che è connessa con quella. Cassa ec. ec.

» §. 41. Questi alimenti saranno fissati in
» proporzione delle facoltà del padre, o del-
» la madre, del numero, e delle qualità
» degli eredi legittimi.

» Essi non potranno promuovere alcuna
» pretenzione sulla eredità dei loro genitori,
» quando il padre, o la madre avessero fat-
» to loro apprendere un'arte meccanica; o
» uno di essi mentre vivea, avesse loro as-
» sicurato in qualunque modo gli alimenti.
» *Art.* 679. *Leg. civ.*

» Il senatore Tronchet, osservano gli autori delle pandette francesi, nel tempo delle discussioni di questi articoli ha rammentato, che secondo la disposizioni anteriormente decretate, i figli adulterini, ed incestuosi non possono essere riconosciuti, che per conseguenza sembra impossibile di comprendere il padre in questi articoli, giacchè da una parte la paternità non può essere legalmente confessata, e dall'altra non è come la maternità naturalmente certa.

» Il consigliere di stato Treilhard ha risposto che la sezione si era determinata sul riflesso che la ricerca della maternità darebbe in qualche caso anche la pruova della paternità, come nella ipotesi del ratto della madre.

» Questa risposta certamente non soddisfa; perchè ne seguirebbe che queste disposizioni non avrebbero luogo se non quando vi fosse la ricerca della maternità. Ma le medesime sono concepite in termini generali, che comprendono il padre come la madre. Quindi la questione fatta dal senatore Tronchet rimane intera.

» Ne seguirà che i figli adulterini potranno ricercare il loro padre per ottenere gli alimenti, mentre questa ricerca rimarrà proibita ai bastardi semplici? sarebbe una incredibile ingiustizia.

» Come dunque ed in qual caso si potranno applicare questi due articoli? Bisogna convenire che la intelligenza del codice civile su i bastardi non è sempre facile. Tuttavia può dirsi pel caso di cui si tratta, che se la paternità non può essere legalmente riconosciuta, può nondimeno esser provata in una maniera certa, o dalla presenza del padre, o dalla sua soscrizione in questa qualità nell'atto di nascita, o dalla sua posteriore dichiarazione fatta in modo autentico.

» In questo caso la ricognizione non sarà legale ed il figlio non avrà i dritti de' figli naturali legalmente riconosciuti; ma potrà domandare gli alimenti.

» Tale evidentemente è il senso e lo spirito della legge, ed in questo solo modo si possono conciliare le sue disposizioni. Il figlio adulterino o incestuoso che non potrà giustificare la sua origine con un atto emanato da suo padre, non potrà più del semplice bastardo esercitare alcuna sorta di reclamo contro la sua eredità.

» Gli alimenti nel caso in cui sono dovuti si debbono regolare dal giudice. Egli in questa determinazione dee secondo il codice civile aver riguardo alla fortuna del padre o della madre, al numero, ed alla qualità degli eredi; cioè dee fissare gli alimenti tanto meno gravosi quanto più gli eredi sono in maggior numero, e tanto meno ancora quanto questi eredi saranno figli, ascendenti, o fratelli, o sorelle.

» Aggiungiamo inoltre che il giudice dee altresì aver riguardo alla maniera con cui il figlio è stato allevato, ed alla educazione che

ha ricevuta. Un fanciullo avvezzo alla opulenza, agli agi, ed ai comodi della vita, dee ricevere gli alimenti più ragionevoli di colui ch'è stato assuefatto alla frugalità, alle fatiche, alle privazioni. Chi ha ricevuto una educazione liberale, dev'essere trattato meglio di un altro che ne ha ricevuta una rozza ovvero ordinaria. *Osservaz. all'art.* 763. *del cod. civ.*

Vedi. *Alimenti* §. 4 *e seg.*

» §. 42. L'eredità del figlio naturale mor-
» to senza prole si deferirà alla madre, ed
» al padre, qualora questi lo abbia ricono-
» sciuto. *Art.* 680. *Leg. civ.*

Su questo articolo osserva diligentemente Delvincourt, che al figlio naturale morto, li di lui genitori sono chiamati egualmente, anche colla esclusione de' fratelli naturali; il che è sorprendente. In fatti nella successione ordinaria il padre legittimo, quando esistono fratelli, prende il solo quarto della successione: e qui si dà al padre naturale, che certamente è men favorito, la totalità de' beni colla esclusione de' fratelli; ma essendosi la legge spiegata chiaramente su questo riguardo, non vi è luogo a questione.

» Si domanda se il padre naturale succedendo al suo figlio naturale, sia erede e successore irregolare. L'articolo che fonda il dritto del padre naturale essendo situato sotto la rubrica *delle successioni irregolari*, sembrerebbe conseguente il decidere ch'ei sia piuttosto successore irregolare? Nondimeno come non è obbligato di serbare alcuna delle formalità imposte al conjuge o al figlio naturale, stimo che sia almeno *effectu* un vero erede, tenuto per conseguenza ai debiti *ultra vires*, se pure non accetti col beneficio dell'inventario.

» È tenuto di chiedere la immissione in possesso? No. Infatti questa immissione non è richiesto se non nel caso in cui una successione sia devoluta ad un'erede irregolare per mancanza di successibili. Si suppone che coloro i quali avessero diritto all'eredità come successori regolari, possono essere lontani, e quindi incogniti: la immissione in possesso, le formalità, che la precedono sono dunque stabilite nell'interesse degli eredi legittimi, che mercè tali formalità sono avvertiti dell'apertura della successione alla quale possono aspirare. Ma qui non vi sono altri che i figli i quali possono escludere i padri, e le madri. Or la esistenza de' figli non può essere ignorata; come è difficile che questi ignorino la morte del loro padre, o della loro madre.

» I padri e le madri possono reclamare una legittima su i beni del loro figlio? Nol credo. Si tratta qui di una successione *ab intestato* la quale non ha effetto se non per mancanza di disposizioni: non sono messi quei genitori in verun luogo nel numero degli eredi ai quali la legge accorda una riserva; d'altronde il dritto che loro è concesso di succedere *ab intestato* è un privilegio particolare, una derogazione al principio il quale vuole che *nemo ex delicto suo possit consequi emolumentum*, principio che lo stesso codice ha consagrato rispetto ai padri ed alle madri naturali, ricusando loro l'usufrutto legale de' beni de' loro figli. Or ogni derogazione debb'essere ristretta al caso pel quale è fatta, e non può estendersi ad altri. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota* 82 *al tit.* 3. *tomo* 4.

A chi sono deferite le successioni de' figli naturali?

» In ogni tempo, risponde Chabot dell'Allier, i discendenti legittimi de' figli naturali hanno a questi succeduti, non solamente dice Bourjon, perchè la natura parla chiaramente a lor favore, ma eziandio perchè la loro nascita forma il primo principio di una famiglia legittima.

» Questa disposizione è consagrata nel codice civile.

» Allorchè il figlio naturale moriva senza figli nati da un legittimo matrimonio, o i discendenti di essi, i suoi beni erano riguardati come senza padrone, come beni vacanti: essi appartenevano, secondo l'antico dritto, al fisco, *L.* 4 *cod. de bon. vacant.*, *et de inc.*, e nelle nostre costumanze a' signori per dritto di *manomorta*, o al re per dritto di sovranità.

» Intanto se il figlio naturale si era maritato, il conjuge superstite escludeva il fisco in virtù del titolo *unde vir, et uxor*.

» Il padre, e la madre non aveano nean-

che il dritto di riversione delle cose, ch' eglino avevano donato a' loro figli naturali, perchè la riversione partecipa del dritto di succedere.

» Lebrun cita degli arresti, che hanno così giudicato.

» Le disposizioni del codice civile a tal riguardo sono ben più uniformi al dritto di natura e del sangue.

» Egli devolve la successione del figlio naturale morto senza prole al padre, od alla madre, che l' ha riconosciuto, o per metà, o per la totalità, se è stato riconosciuto da entrambi (765) (780).

» E siccome egli non eccettua il padre, e la madre, anche che fussero nati fuori matrimonio, essi si trovano compresi nella disposizione generale contenuta nell'art. 765 (680).

» Questa successione deferita a' genitori del figlio naturale, uscendo dalle regole ordinarie, e la disposizione, che la stabilisce non potendo aver altro motivo, che di accordare una riconoscenza a quelli i quali avendo adempito a' doveri della natura, meritano di godere i dritti della paternità, egli è evidente, che questo motivo si applica a tutt' i genitori, quando anche essi fussero stati procreati fuori matrimonio.

» D' altronde il riconoscimento fatto dal padre, che sia egli stesso figlio legittimo, o illegittimo, accorda al suo figlio naturale de' dritti sulla sua successione: il codice civile non fa ancora a tal riguardo distinzione veruna. Egli é dunque giusto, che per reciprocanza, il padre, o la madre, che ha riconosciuto, qualunque sia la sua nascita, sia anche chiamato alla successione del suo figlio morto senza posterità. Egli potrebbe trovarsi in concorrenza col fisco, ed i dritti del sangue, che parlano in suo favore, ed il nuovo legame, che ha stabilito mercè il riconoscimento, che ha fatto del suo figlio, lo rendono senza dubbio ben preferibile al fisco.

» Intanto malgrado questo riconoscimento i genitori del figlio naturale sarebbero esclusi dai loro proprii figli, fussero anche questi nati fuori matrimonio.

» L' art. 765 (680) in effetti non accorda la successione dal figlio naturale a' suoi genitori, che l'hanno riconosciuto, che allora quando egli è morto senza posterità; e quest' ultima espressione essendo generale, comprende i figli nati fuori di matrimonio, come quelli che sono eredi.

» Al titolo delle successioni regolari, ove non si fà quistione, che di parenti legittimi, queste parole *morti senza prole* non debbono applicarsi senza dubbio che a' discendenti legittimi; ma quando al titolo delle successioni irregolari si occupa della sorte de' figli naturali, e della loro posterità, quest'ultima espressione, impegnata senza alcuna restrizione, deve applicarsi tanto a' figli naturali, che a' figli legittimi.

» D' altronde, è un principio consagrato dall' art. 756 (678), che i figli naturali succedono a' loro genitori, che li hanno riconosciuti, e questi non divengono parenti legittimi: eglino restano sempre estranei a' loro figli naturali sotto il rapporto di famiglia, poichè il solo riconoscimento non fa entrare i figli naturali nella famiglia legittima de' loro genitori; il figlio naturale, che muore senza figli o discendenti nati dal matrimonio, muore dunque senza parenti legittimi, abbenchè egli sia stato legalmente riconosciuto da' suoi genitori; la sua successione deve dunque appartenere a' suoi figli naturali ad esclusione de' suoi genitori, co' quali egli non si trova unito, che per natura, ma non per parentela, la quale non può esistere, che tra' membri della stessa famiglia. *Chabot dell' Allier, Sulle successioni. Tit.* 6. *cap.* 3.

» §. 43. In caso che premorissero il padre e la madre del figlio naturale, i beni
» che questi ne avesse ricevuto, passeranno
» ai fratelli, ed alle sorelle legittime, e loro discendenti, quando tali beni si trovino in ispecie nella di lui eredità. Le azioni per ricuperarlo, se ve ne sono, o il prezzo de'beni alienati, che non fosse stato pagato, spetteranno similmente a' medesimi. In tutti gli altri beni succederanno i fratelli e le sorelle naturali, o i loro discendenti. *Art.* 681. *Leg. civ.*

» Fa d'uopo primieramente osservare, dicono gli autori delle pandette francesi, che la maniera come questo articolo è concepito, è scorretta. I fratelli e sorelle del figlio natu-

rale nati da legittimo matrimonio non sono suoi fratelli, e sorelle legittimi. Egli a di lui riguardo non sono che fratelli, e sorelle naturali. Non sono fratelli, e sorelle legittimi se non che quelli che sono nati da unioni lecite, e regolari.

» Noi per altro facciano questa osservazione soltanto per la estrema regolarità in un opera di questa natura; imperciocchè il senso della disposizione non è meno chiaro. Quindi ne segue che i beni che provengono dai genitori del figlio naturale passano ai suoi fratelli, o sorelle, figli legittimi del medesimo padre o della medesima madre.

» Ma quì non è più una eredità che si deferisce ai figli legittimi. Perciò la legge non dice, come nell' articolo precedente *l'eredità è devoluta*. Essa non parla che de' beni, e solamente di alcuni beni.

» Questo è un dritto di ritorno o di riversione, che si attribuisce a' fratelli e sorelle figli legittimi su i beni, che il loro fratello naturale avea ricevuti dal padre, o dalla madre comuni.

» Questo articolo è sempre nel caso del precedente; cioè a dire, che fa d'uopo, affinchè questo dritto di ritorno abbia luogo, che il figlio naturale sia morto senza prole.

» Avrà altresì luogo se i figli o discendenti del figlio naturale muojono senza prole, riguardo ai discendenti de' suoi fratelli o sorelle, nati da legittimo matrimonio? Ci sembra che l' affermativa risulti da che il codice civile ammette questo dritto in favore de' discendenti del padre adottivo, riguardo a quelli dell' adottato. In fatti la ricognizione di un figlio naturale è una sorta di adozione, e vi è altresì ragione di decidere uniformemente, tanto nell' uno che nell' altro caso.

» La condizione dell' esercizio di questo dritto è che i beni i quali provengono dal padre o dalla madre si trovino ancora nella eredità del figlio naturale nel momento della sua morte. Da ciò risulta ch' egli può alienare; e che i fratelli, e le sorelle, figli legittimi che esercitano i dritti di ritorno, non possono rivindicare i fondi o gli stabili alienati contra i terzi acquirenti. Soltanto posson farsi pagare il prezzo o quella porzione del prezzo che potrebbe essere ancora dovuta.

» Non vi ha dubbio che i fratelli, e sorelle del figlio naturale nati da legittimo matrimonio, ch'esercitano questo dritto di ritorno, ripigliano le cose che provengono dal loro padre, o dalla loro madre, con tutti i pesi d' ipoteca, ed altri ancora de' quali il figlio naturale ha potuto gravarsi; e che essi sono tenuti di contribuire ai debiti *pro rata*, cioè a proporzione del valore de' beni ripigliati; perchè questo figlio avendo avuto la facoltà, ed il dritto di alienare i detti beni, con più forte ragione ha potuto applicarli al pagamento de' suoi debiti.

» Ma se il figlio naturale avendo alienata la cosa che ha ricevuta da suo padre o da sua madre, n'è indi tornato proprietario con un' altro titolo, non vi è luogo al dritto di ritorno, purchè il contratto di alienazione non si sia risoluto con una causa antica, ed inerente alla convenzione, nel qual caso non ha mai cessato di essere proprietario; o purchè non vi sia stata frode, come se l' alienazione fosse stata fatta colla certezza di ripigliare la cosa, e solamente colla mira di far cessare il dritto di ritorno.

» I fratelli e sorelle figli legittimi possono ripigliare non solamente gli stabili, ma eziandio i mobili, e le somme di denaro, che provengono dal padre, o dalla madre comuni; perchè il codice civile dice *i beni*, questi sono termini generici che comprendono tanto i mobili che gli stabili. Tutto ciò risulta ancora da che il codice civile accorda loro l' esercizio del dritto di ricupera, che può appartenere al figlio naturale, il che non ha luogo che riguardo a mobili, e somme di denaro.

» Questo dritto di ritorno non si esercita che su i beni i quali provengono dal padre, o della madre. Tutti gli altri che il figlio naturale può avere in qualunque maniera acquistati, appartengono a' fratelli e sorelle naturali; vale a dire agli altri figli naturali del medesimo padre, o della medesima madre, o ai loro discendenti.

» Ma se non ve ne sono, appartengono al fisco, perchè niun altro è più chiamato a raccoglierli. Essi sono vacanti, e senza padrone; e vi è una specie di diseredazione. *Osservaz. all' art. 766. del cod. civ.*

» Allorchè i genitori del figlio naturale, dice inoltre Chabot, sono morti prima di lui, e che egli è morto in seguito senza prole, la riversione di ciò che essi gli avevano donato, e che si trova in natura nella eredità, è accordata ai loro figli legittimi; e questi figli hanno anche l'azione per ricuperarlo, se non vi esiste, come anche il prezzo de' beni alienati, che può esserne dovuto.

» Egli è ben giusto in effetti, che i beni ritornino alla famiglia da cui erano usciti, allorchè per la morte del donatario il motivo della donazione non esiste più.

» Ma tutti gli altri beni de' figli naturali, che muojono senza prole, e senza lasciare nè il padre, nè la madre che l'avessero riconosciuti, appartengono ai loro fratelli, e sorelle naturali o ai loro discendenti. E siccome il codice civile non ammette altri parenti, bisogna conchiudere, che in difetto de' fratelli, e sorelle, o loro discendenti, la successione è devoluta al conjuge superstite, ed in mancanza di questi al fisco. *Chabot del l'Allier. Sulle successioni tit. 6. cap. 2.*

» §. 42. I legittimati per decreto del prin-
» cipe succederanno nella stessa guisa come
» si è detto pe' figli naturali. *Art.* 682. *Leg.*
» *civ.*

Vedi *il* §. 36. *e seg.*

Dei dritti del conjuge superstite e dello stato.

» §. 44. Quando il defunto non lascia pa-
» renti in grado da succedere, nè figli na-
» turali, la di lui eredità apparterrà al con-
» juge che gli sopravvive. *Art.* 683. *Leg.civ.*

Il canone è dettato dagl' imperatori Teodosio, e Valentiniano.

» Maritus, et uxor (*scil. si matrimonium est tempore mortis*) ab intestato invicem sibi insolidum pro antiquo jure succedant, quoties deficit omnis parentum, liberumve, seu propinquorum legitima, vel naturalis successio, fisco excluso. *L. un. cod. unde vir et uxor.*

Casus. Si decedit uxor tua, nec agnato reclicto, ei succedis per bonorum possessionem, unde vir et uxor fisco excluso, et e converso. *Virianus.*

Ulpiano d'altronde dà motivo ad osservare, che per aver luogo tale successione è mestieri che il matrimonio sia valido, e legale; circostanza, che può solo far ammettere il possesso de' beni.

» Ut bonorum possessio peti possit, unde vir et uxor, justum esse matrimonium oportet. Caeterum si injustum fuerit matrimonium, nequaquam bonorum possessio peti poterit; quemadmodum nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabulas peti bonorum possessio potest; nihil enim capi propter injustum matrimonium potest. *L. 1. D. unde vir et uxor.*

Se il defunto fosse egli stesso un figlio naturale, e che morisse senza prole lasciando i suoi genitori, e'l suo conjuge, chi gli succederà, il padre, e la madre, o il conjuge?

» Io credo, risponde Delvinconrt, che saranno il padre, e la madre. Io mi fondo dapprima che nell'ordine delle successioni irregolari i figli naturali sono messi prima, in seguito i padri, e le madri naturali, in terzo luogo i fratelli naturali, dopo di essi il conjuge; non dee dunque venire che dopo i padri, e le madri, e i fratelli. D'altronde l'articolo 768 (684) decide che in mancanza di conjuge, la successione passa al demanio. Dunque il conjuge non esclude altro che il demanio; dunque è escluso da tutti gli altri. *Delvincourt. Corso di cod. civ. nota 91 al tit. 3. vol. 4.*

Il conjuge separato di corpo decade dalla successione dell'altro conjuge?

» Il legame del matrimonio, dice Toullier, non essendo sciolto colla separazione personale, e di abitazione, il dritto di reciproca successione continua a sussistere fra i conjugi separati, purchè colui contro del quale è stata pronunciata la separazione non sia dichiarato indegno per una delle cause menzionate nell'articolo 727 (648). Lo Stato avrà dritto di far dichiarare la indegnità. *Toullier. Corso di dritto civile vol. 4. n. 272.*

» §. 45. In mancanza di conjuge supersti-
» te l'eredità si devolverà allo Stato. *Art.*
» 684. *Leg. civ.*

Gl' imperatori Onorio, e Teodosio chiamarono vacanti i beni di colui cui manca il successore: quindi costituirono il fisco erede di questi beni.

» Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum jubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea, vel juris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem. *L. 4. lib.* 10. *Cod. de bonis vacantibus.*

Nella suprema corte di giustizia fu discusso il dubbio, se morto *ab intestato* un Esposito, la di costui successione si apre a favore dello Stato, oppure a favore dello stabilimento dell' Annunciata? A' 16 febbrajo 1826 si è deciso a favore di quest' ultimo.

» *Fatto.* Maria Giuseppa Esposito fu uccisa da Giuseppe Cangiano suo marito. Essa morì senza discendenti, e senza testamento, ed il suo marito si rese indegno alla di lei successione, perchè condannato come uccisore della moglie. La defunta, dopo sei giorni dacchè venne lasciata nello stabilimento di *Ave gratia plena* era stata rilevata ed allevata da Vincenzo Raffaele Jappelli. Quindi il Governo del detto stabilimento domandò la successione della defunta. Il tribunale civile, citati Vincenzo Raffaele Jappelli, ed il real demanio a dì 9 settembre 1820 con sentenza in contumacia de' convenuti, rigettò la domanda. Appellò il detto pio luogo; la gran corte civile dietro istruzione in iscritto con decisione de' 17 novembre 1823 facendo dritto all'appello, e rivocando la sentenza dichiarò deferita la eredità di Maria Giuseppa Esposito in beneficio dello stabilimento suddetto, in esclusione dell' amministrazione del pubblico demanio. Considerò la gran corte, che gli articoli 683, 684 leggi civili non dispongono sulla irregolare successione agli Esposití; ma che nondimeno gli scrittori francesi convengono, che la successione de' medesimi appartenga agli ospizj, in cui sono stati allevati, in esclusione del fisco.

» Che nelle materie, di cui non parlano le nuove leggi, dee ricorrersi alle antiche.

» Che per le leggi antiche si trovano appropriati agli ospizj di pietà tutt' i privilegj spettati alla Chiesa. Tra questi privilegj era quello di succedere a' suoi individui morti intestati, *L.* 35. *Cod. de episc.*

» Che questo privilegio conceduto agli ospizj non può supporsi abolito dalle leggi di ammortizzazione, perchè queste esentarono i luoghi di pubblica pietà dalle di loro disposizioni.

» Che in favore dello stabilimento di *Ave gratia plena* concorreva ancora il dritto di collegio stabilito dalle antiche leggi.

» Che la novella di Giustiniano 118 riconosceva siffatto diritto di collegio in favore degli ospedali, secondocchè attestano tra gli altri scrittori il Godelino, e Mattia Stefano.

» Che in conseguenza degli esposti privilegj gli antichi tribunali han sempre deferito allo stabilimento di *Ave gratia plena* la eredità de' suoi Esposití morti senza prole, e senza testamento, secondo attesta il Sorge; anzi fa questi osservare, che quantunque il de Franchis nella decisione 198 si era mostrato pendente nel sentimento contrario, pure in fine della decisione, manifestò col fatto non esser rimasto fermo nel suo primo avviso.

» Che con varj decreti esistenti nel Bollettino delle leggi lo Stato si è discaricato della nutrizione de' Projetti, imponendone l'obbligo alle popolazioni; e perciò sarebbe un urtare co' più solidi principj del dritto il raccogliere la successione di coloi, che non ha l'obbligo di alimentare in esclusione di chi lo ha alimentato, per la regola che *ubi successionis est emolumentum, ibi onus esse debet.*

» Che se gli Esposití passano dallo stabilimento a convivere nella società, ed a congiungersi in matrimonio, ne ritengono sempre la dipendenza, soggiacendo agli effetti di una quasi adozione.

» Che quel pio stabilimento trovasi dotato dalla munificenza non meno di antichi Sovrani, che di tanti particolari.

» Che l'augusto fu nostro sovrano Ferdinando nell' aver ordinato la restituzione di una parte di quel ricco patrimonio perduto per le vicende de' tempi da quel pio luogo, volle, che fosse ancora restituito nelle sue antiche leggi di amministrazione abolendo quella commissione centrale di pubblica beneficenza instituita nel decennio.

» Finalmente, che da tali disposizioni si vede chiara la mente del sovrano di restituire lo stabilimento a se stesso, e d' infervorare la divozione de' suoi sudditi verso quel pio luogo. Dall'altra banda sarebbe estinguere la divozione de' sudditi, in vece di ravvi-

varia, se contra la mente del Sovrano, in opposizione degli esposti principj il fisco venisse ad occupare l'eredità degli Espositi morti intestati, e senza prole, in esclusione dello stabilimento, in cui vennero ricevuti, ed allevati.

» Contra siffatta decisione il direttor generale della real cassa di ammortizzazione, e demanio pubblico si è provveduto di ricorso presso la suprema corte, ed ha così ragionato.

» Gli articoli 683 e 684 leg. civ. non indicano quel silenzio che la gran corte civile ha supposto: essi in mancanza dei parenti, e del conjuge, chiamano alla successione del defunto espressamente lo Stato. Il voler ricorrere alle leggi antiche è una espressa violazione dei medesimi articoli. Ha inoltre la gran corte civile violata la disposizione degli articoli 826 e 861 *eod.* che proibiscono agli stabilimenti tutti di pubblica beneficenza gli acquisti senza la espressa autorizzazione del governo. I giureconsulti francesi, quando si vogliano bene interpetrare, non dicon quello, che la gran corte civile ha supposto. Maria Giuseppa Esposito morì 30 anni dopo partita dall'ospizio, quando era già maritata e non poteva avere più alcun rapporto con lo stabilimento, che la raccolse, e la nutrì per sei giorni.

» Quando anche si voglia concedere, che la *L.* 35. *C. de Episc*, *et Cler.* attribuisca alla Chiesa l'eredità intestata dei suoi membri, non è regolare l'estensione di questa legge agli ospizj per la eredità de' suoi allievi.

» I collegiali, dai commentatori della novella 118 indicati, non han che fare con gli Espositi; confondere gli uni con gli altri è violare assolutamente la novella citata.

» Pei principj adottati dalla stessa gran corte la successione degli Espositi si debbe allo Stato, perchè dalle rendite dello Stato le case degli Espositi, o sia degli ospizj si sostengono. Sarà vero che lo stabilimento dell'Annunciata di Napoli abbia in origine acquistata la maggior parte de' suoi patrimonj dalla pietà de' privati; ma è più vero altresì, che tutti gli ospizj del regno non hanno altra fonte, onde ritrarre il loro mantenimento, se non quella delle rendite dello Stato; è perciò giusto, che agli Espositi, i quali muojono senza prole, e senza testamento succeda lo Stato. Così vien bene applicata la regola *Ubi onus*, *ibi successionis emolamentum*.

» Non è vero, che nel regno era ricevuto lo stile di giudicare di ammettere gli ospizj alla successione degli Espositi. La citata decisione 198 del de Franchis ci assicura l'opposto.

» Udito il rapporto, presente pel convenuto l'avvocato D. Andrea Gicca, non essendo intervenuto alcuno pel ricorrente; ed inteso il pub. minist. che ha conchiuso per l'annullamento della decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio.

» Vista la decisione: visto il ricorso: visti gli articoli 683 e 684 leggi civili.

» Vista la *L.* 23. *ff. de legib*: vista la *Novel.* 115. *cap.* 2. *p.* 12.

» La corte suprema prima di ogni altro, ha considerato, che la disposizione degli articoli 683, e 684 leg. civ. non sembra potersi applicare agli Espositi in generale, e molto meno a quegli nello stabilimento di *Ave gratia plena*. I suddetti articoli parlano di quei defunti, che non lasciano parenti in grado da succedere, nè figli naturali; nel qual caso in mancanza di conjuge superstite (che nel caso in quistione, come indegno, restò per dritto escluso, articolo 648 n.° 1. leg. civ.) l'eredità si devolverà allo Stato.

» Ma per la defunta Maria Giuseppa, come per gli Espositi tutti, non può dirsi, che muojono senza lasciar parenti in grado da succedere, e pel contrario è da ritenere, che gli lasciano, e che son però ignoti. Da ciò deriva che questi articoli han serbato silenzio relativamente alla successione di quelle persone, che lasciano parenti, ma che non si conoscono, per cui sull'assunto convien ricorrere alle leggi precedenti. E ciò tanto più per la ragione, che ne detti articoli si è puramente, e semplicemente parlato della parentela naturale, o sia congiunzione del sangue, e non mai della parentela civile. Ed in verità anche in Francia si è ritenuto, che i citati articoli del codice civile non hanno fatta alcuna innovazione in quanto alla successione degli ospizj, per cui que' giure-

consulti sulla materia insegnano il dritto antico.

» Ciò premesso, ha la suprema corte considerato, che gli esempj degli antichi collegj de' decurioni, de' navicularj, de' coortali, de' militi, e de' fabricensi, che per particolar privilegio succedeano a' defunti che non lasciavan parenti, come quello delle proprie Chiese pe' preti. *L.* 20. *cod. de episc. et cler.* se non sian precisamente da adattarsi al caso, perchè concorrono le stesse circostanze, e perchè i privilegj, o che sian conceduti a persone particolari, o a corpi, non son mai da estendersi da caso a caso §. 6. *Inst. de jur. nat. gent. et civ. Vid. Cujac. obs. lib.* 15. *cap.* 8. pure hanno una certa analogia, poichè anche nel caso, che uno non abbia lasciato parenti, tuttavolta in vece di reputarsi vacanti, e perciò aggiudicarsi al fisco i suoi beni ereditarj, si aggiudicano ai collegj, ed a' corpi leciti, cui i defunti appartenevano. Oltracciò ha la suprema corte indagato ciò, che pel dritto ricevuto si osservava generalmente, in riguardo agli ospizj, e precisamente presso noi per lo stabilimento di *Ave gratia plena*. Cominciando perciò questa indagazione dagli ospizj in generale, ha trovato che Baldo sulla legge *si qua illustris C. ad sen. cons. orphit.* insegnò, che *hospitale succedere debet in bonis filiorum expositorum apud ipsum hospitale*, introducendosi nello spiegar sì fatta dottrina con queste parole. *His* (*expositis*) *succedit Christus non fiscus.* Questo sentimento di Baldo fu sulle prime comunemente ricevuto, come può vedersi presso il Peregrino *de jure fisci lib. IV. tit.* 3. *in rubr.*, e Paolo Emilio Gallo nel suo trattato *de exceptionibus quae oriri possunt in successionibus tam ab intestato, quam in testamentis par.* 1. *tit. II. except.* 6. *num.* 8. Ne' tempi posteriori però non mancarono de' dottori che incontrarono difficoltà a persuadersi di questa dottrina, come quella, che per lor giudizio non fosse ad alcuna legge appoggiata. Uno di questi fu il rinomato presidente de Franchis, ma questo consumato giureconsulto, ed insigne magistrato, allorchè fu nel caso di dover decidere la quistione, conobbe la forza del possesso, cioè delle cose precedentemente osservate e quindi accordò agli ospizj provisionalmente il possesso de' beni, senza che definitivamente la controversia rimanesse decisa: *Audivi* (così egli conchiude la sua decisione 198) *quaedam hospitalia esse in hoc quasi possessione succedendi. Mandavi ergo debitoribus, quod facerent depositum, quod postea liberavi hospitalibus praedictis cum cautione de restituendo in forma. Nec aliter fuit decisus punctus principalis.* Non è però, che l' affare non fosse posteriormente rimasto pienamente sviluppato, imperciocchè l'unica difficoltà di non avere il sentimento di Baldo il suo appoggio in alcun luogo di legge, restò svanita: poichè i più recenti scrittori allegarono per l' oggetto la *novella* 115. *cap.* 2. §. *si quis de praedictis* 12 in cui Giustiniano nelle intestate eredità de' furiosi preferì a' proprj parenti, che gli avevano abbandonati, coloro, che gli aveano accolti, e ne avean presa cura. E quel che fè confermare questa dottrina, senza che fosse più permesso disputarne, fu la cosa giudicata, come ci lasciarono scritto il Tartaglia ne' suoi comentarj sulla *prammatica fin. de compositionibus*, e'l Capriolo *de successione ab intestato lib.* 5. *cap.* 6. *num.* 17. Il giudizio fu appunto tra il regio fisco, e la Casa santa del Annunziata. Un tale aveva recata un' offesa grave ad una donzella Esposita: ottenne dopo qualche tempo la grazia sovrana: questa però non poteva eseguirsi, se non impetrata prima la remissione della parte. La donzella intanto era morta. La remissione perciò dovea farsi da quelli, *ad quos spectabat jus succedendi.* Quindi inteso l'avvocato fiscale, fu deciso, che dovesse ottenersi la remissione *ab aeconomis hospitalis Divae Mariae Annunciatae*, come fu ottenuta e la grazia ebbe così la sua esecuzione.

» Non vi è dopo di ciò alcun autore tranne il solo Filipo Pascale (*de viribus patriae potestatis*) che non avesse rispettata questa decisione, la quale per altro confermò quella dottrina, che per le cose sopraddette era già ricevuta. Quindi sarebbe violar la legge il giudicarne in contraddizione: *Minime sunt mutanda quae interpretationem certam semper habuerunt. L.* 23. *ff. de legibus* ec.

» Ha di vantaggio la suprema corte osser-

vato, che gli scrittori legali del regno commentarono anche questa opinione per una prudentissima ragione politica. Tra questi il primo fu Orazio Montano (*de regal. bon. vacant. num.* 1.) il quale assai bene considerò, che sì fatta dottrina fosse sempre abbracciabile *pro bono publico*, *ut invitentur homines*, *et Ecclesiae ad subministrandum puerulis Expositis tam necessarium subsidium*. E fu il Montano da più moderni uniformemente seguito, come può vedersi dal de Luca (*sulla decisione del de Franchis*) dall' Ageta (*ad moles* §. 8. 9. *num.* 19.) e dal Sorge (*Iurispr. tom.* 10. *cap.* 23.)

» In fine la suprema corte ha osservato, che i parenti, con l'esposizione dell'infante, siccome si esonerano dall' obbligo, loro per dritto di natura imposto, di nutirlo, ad oggetto che viva, ed educarlo ad oggetto, che viva da uomo da bene, e ne addossano il peso allo stabilimento in cui l'espongono, così dee di dritto allo stabilimento stesso intendersi ceduto ogni utile, che dalla persona dell'Esposito a' parenti fosse per pervenire. La regola di Ulpiano *L.* 10. *ff. de reg. jur. Commoda cujuscumque rei eum sequi debent quem sequntur incommoda*, non è soggetta ad alcuna eccezione, perchè deriva dal dritto di natura, come lo stesso Ulpiano avvertì. Ed ha su questo proposito la corte suprema avuta ancor presente, che secondo le regole, e le istruzioni della real Casa santa dell' Annunziata del 1739, gli Esposití si reputano, mediante alcune cerimonie di forma, come veri figli della stessa real santa Casa, in quanto agli effetti civili. Nelle dette regole nominatamente si ordina (*cap.* 3. *num.* 1)» che non si possono ricevere gli Espositi, se non sono passati per la ruota, perchè altrimenti non debbono essere conosciuti per figliuoli, o figliuole della real nostra santa Casa.» Ecco da ciò che la cerimonia del passaggio *per la ruota* dà agli Esposití il dritto di esser riconosciuti *per figliuoli della santa casa*. Si soggiunge nello stesso luogo»» ed accadendo di trovarsi qualche bambino in alcuna parte della nostra santa Casa, si faccia la carità di farlo voltare per la ruota suddetta per legittimarlo figlio della medesima.»» A questo si aggiunga, che tutti gli obblighi de' genitori, de' quali la santa Casa s' incarica verso gli Esposití, in quanto alle figliuole, s'incarica ancora di dar loro una dote nel caso che si maritino. S' incarica dunque di un' obbligo assolutamente paterno. *L. ult. cod. de dot. promis.* Da ciò deriva, che le dette figliuole, ancorchè si trovino date in allievo, han bisogno dell'assenso del governo della santa Casa per passare a marito, come si ha dalle citate regole (*cap.* 2. *num.* 8, *ed altrove*) Son perciò figli effettivi, e non di solo nome.

» Dal tenore di tutte le cose sopraddette la suprema corte ha ritenuto, che il non ammettere lo stabilimento della santa Casa dell' Annunciata alla successione degli Espositi, morti senza discendenti, e riputar come vacanti i beni lasciati da' medesimi, sarebbe urtare non solo co' principj legali sopra enunciati, ma anche col buon senso. Nè vale il dire che gli stabilimenti di pubblica beneficenza, per far de' nuovi acquisti abbian bisogno della sovrana autorizzazione; poichè quando anche fosse da estendere il bisogno di questa autorizzazione ad una successione deferita dalla legge, non potrebbe da ciò derivare altra conseguenza, se non quella di doversi ottenere tale autorizzazione anche in questo caso.

» Altronde le leggi attuali, che guardano il silenzio relativamente alla successione degli Espositi, riconoscono però i dritti della patria potestà presso gli ospizj: articolo 285 leggi civili. E riconoscono del pari la cerimonia del passaggio per la ruota: articolo 62 delle stesse leggi. Ma se pure sull' assunto ogni argomento di legge espressa mancasse; pure dovrebbe dirsi la stessa cosa. Varrebbe in questo caso ciò, che Paolo insegnò in altra congiuntura *L. In summa* 2. §. 5. *D. de aqua et aqua pluv. arc. Haec aquitas suggerit etsi jure deficiamur.* Ed in verità per talune cose, che in buona logica hanno dell' evidenza, bisogna seguire ciò, che in caso simile insegnò Modestino. *L. scire.* 13. §. 7. *D. de exc. tut. sufficit firmare ex ipsa naturali justitia.*

» Per siffatte considerazioni la corte suprema rigetta il ricorso, e condanna il ricorrente alle spese liquidate in ducati dieci oltre il costo della spedizione.

» §. 46. I figli naturali, il conjuge superstite, e l'amministrazione de' demanj che pretenderanno aver dritto alla eredità, dovranno far apporre i sigilli, e far l'inventario nelle forme prescritte per l'accettazione della eredità col beneficio dell'inventario. *Art.* 685. *Leg. civ.*

Nella suprema corte di giustizia si esaminò il caso, se un giudice di circondario che su l'officio del sindaco, il quale lo avverte esservi eredi assenti ad un defunto, cerca di apporre i suggelli nella casa di quest'ultimo, procede regolarmente, malgrado, che taluni gli si oppongono su la semplice assertiva di essere essi soli gli eredi. Si è deciso per l'affermativa: tanto maggiormente se il detto giudice viene all'uopo autorizzato con ordinanza del presidente del tribunale civile. Decisione de' 30 agosto 1825.

» *Fatto.* A'23 febbrajo dell'andante anno 1825 essendo morto in Afragola D. Antonina Pagnano, quel regio giudice D. Silvio Vegliante, dietro officio del sindaco di esservi eredi assenti, si condusse nella casa della defunta per l'apposizione de' sigilli. Ivi si presentarono le signore Teresa, Giovanna, e Gaetana Rastelli, che si annunziarono figlie, ed eredi esse sole della Pagnano, e chiesero, che si astenesse dall'apposizione de'sigilli. Il regio giudice si astenne; ma nel tempo stesso diresse processo verbale colla menzione dell'indicato offizio del sindaco firmato da lui, e dalle sorelle Rastelli. Nel detto verbale vi è anche l'avvertenza alle medesime di presentarsi nella mattina seguente al presidente del tribunale civile, ad ora indicata per sentire le di lui provvidenze.

» Le Rastelli non comparvero avanti il presidente, il quale in vista del verbale, ed inteso il rapporto del giudice: considerando, che il motivo dell'interesse unico delle opponenti non poggiava, che sulla nuda loro assertiva, senza che fossero neppur comparse a contestarlo, ordinò di procedersi alla regolare apposizione de' suggelli, colla clausola provvisionale non ostante appello.

» Le Rastelli appellarono dall'ordinanza alla gran corte civile. La dissero estorta dal presidente per assertive non vere; e che il giudice si era così diportato, dacchè esse si ricusarono alla dimanda di denaro fatta loro dal giudice, che citarono per sentire ammesso l'appello, rivocata l'ordinanza, e condannato esso a' danni, ed interessi.

» Il regio giudice non comparve. La gran corte tenendo presente l'appello, ed il documento unito al medesimo, tendente ad assicurare, che niun altro, ma le appellanti solo erano le interessate alla eredità della Pagnano; ed adottando quanto altro si era detto sulla condotta del giudice, con sua decisione contumaciale autorizzò le appellanti a togliere, e rimuovere i sigilli senza forma giudiziaria; e condannò il giudice regio a danni, ed interessi da liquidarsi, e lo condannò anche alle spese in ducati 12. 55.

» Intimata cotesta decisione al regio giudice, il medesimo vi fece opposizioni estragiudiziali per la parte sola, che riguardava la sua condanna: e nel tempo stesso fece rendere le chiavi per esecuzione della prima parte della menzionata decisione.

» Sussegnentemente reiterando le opposizioni rilevò, che la sua condotta era stata tutta conforme a' dettami del rito; e che nella inesistenza de'documenti, esibiti poi in appello, ed a vista dell'officio del sindaco non potea far diversamente da quello, che avea oprato; disse non vere le imputazioni fattegli dalle Rastelli, e sostenne poi, che quando le medesime credeano aver motivi ad agire contro di lui, doveano conformarsi alle ordinazioni comprese negli articoli 569 574 e 575 leggi di procedura.

» Le Rastelli replicarono alle opposizioni, sostenendo, che l'ordinanza del presidente non potea credersi, che figlia di posizioni arbitrarie fatte al medesimo, e dissero non applicabili i citati articoli del rito, che riguardavano il magistrato, non l'esecutore qual' era stato il giudice Vegliante.

» La gran corte in discutere le dette opposizioni, considerò, che il regio giudice si riservò di giustificare di avere agito regolarmente nell'apposizione de' sugelli, e non l'avea fatto come far potea coll'esibire l'autografo del sindaco, ch'essendo vero dovea essere nella sua officina. Nel difetto di tale giustificazione rimanea sicuro l'atto arbitrario, ed avendo le sorelle dimostrato senza

equivoco, che la defunta era usufruttuaria, ed esse le proprietarie de' beni rimasti dalla Pagnano, ne cessava l'oggetto, come non poteva sostenersi l'apposizione de' sigilli.

» Considerò, che le Rastelli avevan convenuto il regio giudice, come colui, che colle sue assertive non vere aveva indotto il presidente ad emettere l'ordinanza appellata.

» Che non legalmente si era invocato l'articolo 589 e seguenti del cod. di procedera, dacchè coll' appellazione non venne impugnato il merito di veruna sua sentenza, ma l'ordinanza del presidente. E la dimanda de' danni, ed interessi essendo poggiata sulla indebita ordinanza provocata, la indennità veniva garantita dall'articolo 1336 leggi civili.

» Rigettò quindi l'opposizione, e l'appello, e condannò il patrocinatore alla multa di grani 50, ed il signore Vegliante alle spese del giudizio in ducati 15 e grani 29.

» Ricorso per i motivi seguenti.

» 1.° Il giudice Vegliante non fu nella specie, che il più esatto esecutor della legge, nel caso di apposizione di sigilli. Dietro l'uffizio del sindaco non potea tener altra condotta di quella, che tenne senza esporsi a responsabilità: violati perciò colla decisione gli articoli 996, e 998 quelli stessi eseguiti appositamente dal regio giudice.

» 2.° L'assunto di essersi esposto al presidente tutt'altro, che il vero, è contrario a' verbali da esse medesime cifrati: la non comparsa avanti al presidente toglie fede alle loro arbitrarie assertive; cui avendo la gran corte prestato fede, violò la *L. 12. D. de probat.* Le sorelle Rastelli debbono imputare a se stesse il non avere prodotti al regio giudice istesso, od al presidente i documenti esibiti in appello, che dimostrano il dritto esclusivo a' beni della Pagnano.

» 3.° Furono bene invocati gli articoli 569, e seguenti delle leggi di procedura. Non è ammisibile la citazione in appello del giudice locale. L'unica via a procedere contro il medesimo era la *presa a parte.* La decomposizione de' caratteri del magistrato, ch' esegue, inventata dalle Rastelli, ed adottata dalla gran corte, è sconosciuta all'uopo dalla legge, ch' è rimasta violata come fu male applicato l'articolo 1336 leggi civili.

» Notificato il ricorso, ov' era inserito alla lettera l'offizio del sindaco, risposero esse ai motivi, e posero in dubbio la esistenza dell' indicato uffizio.

» Il regio giudice replicò, che non potea porsi in dubbio, dacchè menzionato nel verbale firmato dalle medesime; ed in questo rincontro esibì nella corte suprema l'autografo quivi negato.

» Interpellazione, e minaccia d'iscrivere in falso. Il giudice rispose affermativamente, da valersene ove, e quando conveniva.

» In seguito le sorelle Rastelli s'iscrissero in falso incidente civile, sul motivo, che non sono mai esistiti eredi assenti, e che detto signor Vegliante appositamente provocò con richiesta formale l'uffizio attaccato per le vie del falso incidente, come sarà dimostrato con documenti, e pruove, che si anderanno a fare.

» Udito il rapporto, presente l'avvocato D. Carlo Branca pel ricorreute, non essendosi presentato alcuno pei convenuti: ed inteso il pub. minist. il quale ha conchiuso, che senz'arrestarsi al proposto incidente di falso civile, si annulli la decisione impugnata.

» La corte suprema di giustizia deliberando nella camera del consiglio, e facendo dritto alle conclusioni del pub. minist. Vista la decisione: Visto il ricorso:

» Visto il tit. 8. del lib. 27. del *D.* ed il tit. 25. lib. 5. del *cod. de magistratibus conveniendis.* Visto il lib. 4. tit. 5. *inst. de oblig. quae ex quasi delicto.* Viste le prammatiche *de sindic. offic.*

» Visti gli articoli 569 a 580. leggi di procedura:

» Attesocchè il giudice del circondario di Afragola signor Vegliante non andò all'apposizione de' suggelli in casa della defunta D. Antonina Pagnano, che dietro gli uffizj del sindaco di quel comune; e per gli ostacoli presentati dalle sorelle Rastelli non gli appose, che per effetto di ordinanza del Presidente del tribunale civile. Cotesto metodo presenta nel suo aspetto il giusto contegno del magistrato locale, ed il regolare andamento nella materia.

» E se la gran corte a vista dell' atto di notorietà, e di altri documenti prodotti in

appello conoscendo di non esservi altri interessati alla eredità della Pagnano opportunamente ordinò di rimuovers' i suggelli; da ciò non sorge motivo a notarsi l'oprato del regio giudice, e l'ordinanza del presidente. Come a vedere della giustizia di una sentenza appellata debbe guardarsi alle leggi vigenti all'epoca della sua data, non a quelle, che militano all'epoca della discussione del gravame; così se può rivocarsi una sentenza, e rettificarsi un'atto del magistrato, a vista de' nuovi fatti, e di altri documenti prodotti, non è giusto, che s'imputi a di lui difetto ciò, ch'è dipeso dalla contumacia della parte, o dal difetto d'istruzione.

» In ogni modo non può la corte suprema applaudire alla seconda parte della decisione, in cui ammettendosi la citazione personalmente fatta al giudice, ed avendo per vero gli assunti delle attrici, solo perchè l'intimato non si presentò a contradirle, lo condannò a' danni, ed interessi. Non si ammettono le dimande dell'attore, dacchè il reo sia contumace, ma qualora si trovino giuste e ben verificate: articolo 244 leggi di procedura. La legge suppone, che chi non comparisce, se ne riporti alla saviezza del giudice; e se *impune non paretur* al giudice incompetente: meno la corte dir potea contumace il giudice Vegliante, che non si presentò ad una citazione inopportuna, e vietata.

» La corte suprema avverte che non è dell'attuale sistema de' giudizj, che si chiami il giudice inferiore al magistrato superiore per sostenere la di lui sentenza, e l'atto di sua giurisdizione. Il fatto del giudice è il fatto della parte; e negli espedienti volontarj la sentenza si emenda a vista del gravame, e sentendo, ove occorra, le persone indicate dalla legge, non mai il giudice, che le ha interposte.

» Osserva all'oggetto, che com'è giusto di dare alle parti lese un mezzo ad ottenere il ristoro de' danni, che loro può cagionare un giudice abusando del suo ministero commette delle irregolarità e delle ingiustizie; così dall'altra parte è pur giusto, ed importa alla dignità della magistratura di circondare coloro, che ne sono rivestiti del dovuto riguardo, e di porre un freno ai litiganti di attaccarli a loro talento. Ond'è che presso i romani, e presso noi furono stabiliti i casi, il tempo, ed il modo di procedere contro i giudici. E sulle vedute medesime è redatto il titolo del cod. delle leggi di procedura dell'*azione civile*, ossia *presa a parte* contro i giudici. Il caso di tentata concussione, e di voluta sorpresa per ottenere l'ordinanza per l'apposizione de' sugelli, supposta dalle Rastelli a carico del giudice Vegliante, coincide precisamente nella sanzione dell'articolo 569; ed in simili casi vi è luogo alla *presa a parte*, non a procedimenti ordinarj. Ma ove ciò si pretenda è detto nell'articolo 574 non sarà permesso alcun richiamo contro i giudici, senza che preceda una permissione accordata dal tribunale, che dee decidere. Dunque a' termini di questo articolo poteano le sorelle Rastelli istituire contro al giudice Vegliante l'azione di *presa a parte*; ma a ciò fare conveniva premetter l'istanza, articolare i fatti all'uopo, chiedere ed ottenere il permesso di citarlo. Or la gran corte ha creduto nella parte il dritto, ch'era tutto suo: ha creduto in somma, contro il disposto della legge, che si possa citare un giudice nel suo proprio nome, e prenderlo a parte senza permesso. Ma così si sono trasandati i dettami custodi della dignità del magistrato, e non osservate le linee delle rispettive attribuzioni.

» Visti gli articoli 544. e 548.

» La distinzione fatta nella decisione del giudice che decide, dal giudice ch'esegue, non procede dalla saviezza del magistrato. L'azione civile compete tanto se si pretende, che sia intervenuto dolo, frode, o concussione nell'atto della decisione, che nel caso della istruzione. In fatti può essere preso a parte un giudice istruttore, che compila l'informazione, ed abusi del suo ministero, come il magistrato superiore, che l'ordini ed ecceda ne' suoi poteri. Ma nella specie era d avvertire, che il giudice del circondario appose i suggelli per attribuzione non meno ordinaria, ch'esclusiva del suo ministero; giacchè l'autorità del presidente è chiamata a pronunziare sù dubbi, che occorrono nell'esercizio di questo medesimo ministero, non per comunicargli giurisdizione, sicchè

anche al caso allegato dalle signore Rastelli, non è vero che potea il giudice trattarsi come parte, mentre non ha disimpegnato, che funzioni da giudice. Laonde la seconda parte della decisione non regge in faccia alla legge, e merita la censura della corte suprema.

» E sulle considerazioni medesime non trova meritevole della sua attenzione la querela di falso per incidente prodotta nella sua cancelleria, contro l'uffizio del sindaco locale enunciato nel verbale de' 23 febbrajo 1825. Cotesta istanza non può aver luogo, che nella stessa sede dell'azione civile, se mai si ammetta presso la gran corte, che n'è il giudice competente.

» Per siffatte considerazioni la corte suprema senz'arrestarsi al proposto incidente di falso civile, annulla la decisione impugnata: rimettendo le cose nello stato in cui erano prima che la medesima si fosse pronunziata, rinvia la causa per nuovo esame ad altra camera della stessa gran corte civile di Napoli; ed ordina di restituirsi il deposito ec.

Vedi - *Inventario*.

» §. 47. Essi dovranno dimandare al tri-
» bunale civile nella cui giurisdizione si sarà
» aperta la successione, la immissione in pos-
» sesso della medesima. Il tribunale non potrà
» pronunziare sulla domanda se non dopo tre
» pubblicazioni, ed affissi nelle solite forme,
» e dopo aver sentito il procuratore regio.
» *Art.* 686. *Leg. civ.*

Se il figlio naturale trapassasse prima d'aver ottenuto, ovver domandato questa immissione, trasmette egli il suo dritto a' proprj dritti? L'affermativa, risponde Delvincourt, non m'è sembrata giammai dubbia, e neppure avrei pensato che potesse mettersi in quistione, se non avessi rinvenuta la negativa decisa dall'autore d'un comento sul titolo delle successioni. Questo autore pretende che il figlio naturale non sia proprietario, perchè obbligato di farsi immettere in possesso. Intanto alla pagina 181 della stessa opera dice formalmente, che il figlio è comproprietario della successione. Dall'altra parte quest' autore non può ignorare la differenza che vi ha tra la proprietà ed il possesso; e che per l'opposto perchè il figlio naturale ha il dritto di domandare la immissione in possesso, bisogna conchiudere ch'egli è proprietario. In fatti che altro è in generale una domanda di possesso, quando non è formata per azion possessoria, se non una rivindica? Or la rivindica non è data se non al padrone o a colui che ha un *jus in re* qualunque. La dimanda di possesso dalla parte del figlio naturale suppone dunque in lui un dritto anteriore, di cui egli s'impadronisce dal momento dell'apertura della successione; e questo dritto che altro è, se non un dritto di proprietà? Or se il figlio è stato investito della proprietà della successione dal momento dell'apertura, questa proprietà era ne'suoi beni, e l'ha trasmessa colla propria successione ai suoi eredi che potranno per conseguenza domandarne la immissione in possesso in suo nome. È lo stesso principio assolutamente rispetto al legatario particolare, il quale è obbligato di domandare il rilascio, e che nulladimeno dal momento della morte ha dritto alla cosa legata; dritto che trasferisce a' proprj eredi: articolo 1014 (968).

» Adunque conchiudiamo che quando dicesi che gli eredi irregolari non sono investiti, debba intendersi non esser eglino investiti del possesso, ma bensì delle proprietà dall'istante della morte, proprietà che trasmettono in conseguenza ai proprj eredi, se vengono a morire prima di aver ottenuta o anche domandata la immissione in possesso.

» Questa disposizione si applica egualmente al conjuge non meno che al figlio naturale concorrente con parenti di grado successibili. *Delvincourt. Corso di codice civile vol.* 4. *nota* 78 *al tit.* 3.

In riguardo alle pubblicazioni, ed affissi dei quali fa parola l'articolo in esame riflette Toullier, che questi » non dispensano dal provare che non esistono parenti in grado successibile. Il tribunale può secondo le circostanze ammettere o rigettare la domanda d'immissione in possesso, salvo all'amministrazione del demanio il ricorso, se crede gl'interessi dello Stato lesi dalla sentenza che è stata emessa.

» Sebbene queste formalità sieno state stabilite in occasione de'le domande d'immissione in possesso formate dall'amministrazione del demanio, siccome esse non sono che il modo onde eseguire l'articolo 770 (686)

la di cui disposizione è comune ai naturali, ed al conjuge superstite, non vi è dubbio che questi ultimi vi si debbono conformare.

» Riguardo alla prova che non esistono parenti in grado successibile, essa può sovente esser difficile. Se il defunto fosse un figlio naturale la prova sarebbe facile, facendosi conoscere che il di lui padre, o la di lui madre non sono nati, o che sono morti, e che non hanno lasciato discendenti: essa sarebbe anche facile se si trattasse della successione di uno straniero naturalizzato. Negli altri casi è lasciato alla prudenza dei giudici di calcolare le prove addotte dai figli naturali o dal conjuge superstite che domandano la immissione nel possesso. *Toullier. Corso di dritto civ. tomo* 4. *n.* 297 *a* 299.

» §. 48. I figli naturali o il conjuge su-
» perstite saranno pur tenuti a far impiega-
» re il prezzo degli effetti mobili, o a dar
» cauzione bastante ad assicurarne la restitu-
» zione agli eredi del defunto, ove questi
» si presentassero nell'intervallo di tre anni.
» Passato questo termine la cauzione sarà sciol-
» ta. *Art.* 687. *Leg. civ.*

» Dallo scioglimento della cauzione in capo a tre anni, osserva Maleville, non si dee dedurre che un parente in grado successibile non possa, anche trascorso questo intervallo di tempo chiedere la successione. Egli può farlo entro il periodo di trent'anni, prescrivendosi la facoltà di accettare o ripudiare una successione mediante un siffatto volgere di anni.

» Ma l'erede che verrà nel corso di trent' anni a pretendere la successione contro il conjuge superstite o contra lo Stato, potrà domandare eziandio la restituzione de' frutti dopo la morte del suo parente? Il signor Chabot crede di sì, per la ragione che dall' istante della morte questo erede ha dritto all'immediato possesso. L'autorità del signor Chabot è di un gran peso; nulladimeno ben ponderata ogni cosa, io sarei di avviso che allora soltanto potesse l' erede dimandare questa restituzione, che il conjuge superstite o lo Stato non avessero osservate le formalità prescritte dagli articoli 769 e 770. (685 e 686) Questa negligenza, che dal canto loro sarebbe indizio di mala fede; poichè mostrerebbe che avessero temuto dell' apparizione di qualche erede naturale, a cui avessero perciò voluto nascondere l'apertura della successione. Al contrario se niuna delle accennate prescrizioni avessero eglino oltrepassata, la buona fede starebbe in lor favore, e vi starebbe altresì la volontà della legge, che a capo di anni tre ha sciolto l'obbligo della garentia. Spirato questo tempo hanno essi dovuto credere, che non vi fosse alcun erede in grado successibile, dappoichè non si presentava. In conseguenza se hanno consumato i frutti della successione, non hanno fatto cosa, che non potessero fare, e il danno ricade sopra l'erede che non è prima comparso.

» Son dunque di avviso che il conjuge superstite e lo Stato, quando abbiano osservate le formalità, non sieno tenuti alla restituzione de' frutti, se non se entro il periodo de' tre anni, e durante tutto il loro possesso, allorchè le abbiano neglette. *Malcville Osservazione all' art.* 771 *del cod civ.*

» In riguardo ai frutti vi è avviso, dice inoltre Delvincourt, che l' erede il quale reclama innanzi i 30 anni abbia dritto di esigere la restituzione di tutti i frutti, e senza distinzione tra il possesso di buona o di mala fede. Ma è chiaro, che questa opinione di cui Pothier avea dimostrato la ingiustizia nel suo trattato *della proprietà n.* 430 non potrebbe accordarsi coi principj della legislazione attuale, la quale non vuole che un possessore specialmente di buona fede, possa essere rovinato da una restituzione di frutti di cui si è creduto proprietario, e che ha consumato grazie a questa idea. Invano si direbbe che spendendo le rendite della successione ha tanto meno preso dagli altri suoi beni, e che per conseguenza *locupletior factus est quatenus propriae pecuniae pepercit*; mentre è certo che in generale si spende secondo la rendita, e che colui il quale si crede proprietario di una ricca successione, può dire con ragione ch'egli abbia proporzionalmente accresciute le sue spese. Sarebbe dunque una somma ingiustizia obbligarlo a restituire tutti i frutti. Quindi veggiamo che l'opinione contraria è stata consacrata dall' articolo 138 (144), ed oltre a ciò dall' articolo 9 del-

la legge del 15 piovoso anno 13 relativa alla successione de' fanciulli ammessi negli ospizj. Bisogna dunque tener per fermo che colui il quale possiede un eredità di buona fede non è tenuto di rendere i frutti se non dal giorno della dimanda. Ma io penso che il possessore il quale non abbia praticato le pubblicazioni e gli affissi prescritti dall' articolo 770 (676) debba per questo solo reputarsi di mala fede.

» *Quid* riguardo all' alienazione degl' immobili? Non credo che possa aver luogo fra i tre anni. A che infatti servirebbe la precauzione che la legge prende rispetto al mobiliare, se permettesse all' immesso in possesso di vendere gl' immobili della succesione? Ma dopo i tre anni le alienazioni debbon essere valide, argomento tratto dagli articoli 132. 707. e 1240. (138. 790. e 1193.) salva l' azione per la restituzione del prezzo in favor degli eredi contra gl' immessi in possesso, se però le formalità richieste dall' articolo 770 sono state osservate in principio. Altrimenti, stimo che fino a tanto che il termine della prescrizione non è spirato, gli eredi possono esercitar la revindica contra i terzi detentori: dovevano essi assicurarsi se erano state compite le formalità.

» Si è opposto a questa decisione riguardante il drittto di alienare gl' immobili dopo tre anni: 1.° il dritto antico relativamente ai beni ricaduti allo stato per dritto di caducità; 2.° i principj professati anche attualmente dalla regia de' demanj, la quale in una circolare del 10 pratile anno 6. stabilì per principio che durante i trent' anni lo Stato abbia dritto di godere, ma non di disporre de' beni caduchi. Rispondo esser possibilissimo che lo Stato abbia voluto interdirsi il dritto di disporre di questi beni per trent' anni; ma che non se ne possa derivare alcuna conchiusione rispetto agli altri successori irregolari, come il figlio naturale o il conjuge; che la successione del conjuge era anticamente la stessa, e che non si pretese perciò attendere i trent'anni per disporne; che questa dottrina tendente a lasciar incerte le proprietà per lo spazio di trent'anni, spazio che potrebbe anche esser promulgato dalla minorità, è interamente contraria allo spirito generale del codice. I principj che abbiamo stabilito sembrano anche confermati da una decisione di cassazione del 5 aprile 1815 riferita da Sirey 1815. 1. p. pag. 137.

» Da quanto si è detto risulta che colui il quale possiede una eredità di mala fede sia tenuto a renderne i frutti, ma è tenuto poi di pagare gl' interessi de' contanti che fanno parte della successione? Se erano impiegati al tempo della morte, e che abbian continuato ad esserlo in tutto il tempo del godimento, non v' ha dubbio che debba gl' interessi esatti. Rispetto alle somme che non erano impiegate a quell' epoca, ed a quelle che sono state restituite in prosieguo, la quistione può esser dubbia. La legge 62. *D. de rei vindic.* sembra decidere per la negativa, e ne dà la ragione dal perchè il possessore avrebbe impiegato quelle somme se fosse stato risponsabile dell' impiego, e che non sarebbe giusto fargli pagare gl'interessi di una somma che non poteva impiegare se non con suo rischio. Non penso che questa decisione saria seguita dal dritto attuale. Vi sono molte maniere d' impiegare i fondi nelle quali, per così dire, non s' incorre in alcun rischio; e non credo che un possessore di mala fede il di cui caso è tutt'altro che favorevole, possa dispensarsi di pagare gl' interessi col pretesto di aver tenuti oziosi i fondi pel timore di dover esserne risponsabile. Si replicherebbe con ragione ch' è tenuto de' frutti *non solum quos percepit, sed etiam quos percipere potuisset.*

» Il possessore di mala fede è tenuto de' crediti che ha lasciato perdere per sua colpa. Le *L. L.* 25. § 2. e 31. §. 4. *D. de heredit. pat.* sembrano contrarie fra loro su questo punto. L' ultima delle due che decide la negativa ne dà per ragione che non avendo il possessore di mala fede azione contra i creditori della successione, non può rimproverargli che non li abbia chiamati in giudizio; e la *L.* 25 sembra consagrare il medesimo principio, perchè decide che il possessore sia tenuto nello stesso caso *si exigere potuit.* Ma è evidente che questa ragione non soddisfa; poichè non è men vero che la ingiusta detenzione del possessore, e 'l suo ritardo nel restituire hanno impedito al vero erede di agi-

re contra i debitori della successione. La perdita di quei crediti è dunque un danno che l'erede ha sofferto dal fatto del posssessore, e di cui questo dee rifarlo. *Delvincourt. Corso di cod. civ. tomo 4. nota* 80. *al tit.* 3.

» §. 49. I figli naturali, il conjuge superstite, o l'amministrazione de'demanj che » non avessero adempito alle formalità loro » rispettivamente ingiunte, potranno essere » condannati al risarcimento de'danni ed in» teressi verso gli eredi, qualora se ne pre» sentassero. *Art.* 688. *Leg. civ.*

»I figli naturali ed il conjuge superstite, dice Toullier, che si sono impadroniti della successione, senza dimandare la immissione in possesso, e senza aver adempito alle formalità che sono loro prescritte, sono possessori di mala fede, e possono essere condannati ai danni ed interessi verso gli eredi legittimi che si presentano per formare la petizione di eredità: articolo 772 (688). Al contrario, qualora hanno dimandata la immissione in possesso, ed adempito a tutte le formalità prescritte, sono possessori di buona fede. Bisogna vedere nell'uno e nell'altro caso, quali sono le loro obbligazioni.

» In generale, i possessori di una eredità, che soffrono evizione dall'erede legittimo, sono obbligati a restituirgli i beni che ne dipendono, e di più sono tenuti a prestazioni personali che possono estendersi al conto dei frutti che hanno percepiti, o dovuto percepire, a quello dei profitti che hanno ritratto dai beni della successione, a quello dei guasti e delle deteriorazioni, e delle perdite accadute pel loro fatto o per loro colpa; ma la buona, o cattiva fede stabilisce molte differenze fra queste obbligazioni.

» Non vi ha differenza a farsi tra i possessori di buona o di cattiva fede, relativamente alle cose dipendenti dalla successione, e che si trovano nel loro possesso al momento della petizione di eredità; essi sono gli uni, e gli altri tenuti a restituirle.

» Il possessore di mala fede è tenuto di più a restituire quelle che ha per suo fatto o per sua colpa cessato, o anche mancato di possedere, come se le possedesse ancora.

» Al contrario, il possessore di buona fede non è tenuto che a restituire i profitti che ha potuto ricavare dalle cose che ha cessato di possedere.

» Poichè è regola generale che i possessori della eredità non possono ritenere alcun profitto che abbiano percepito dai beni che la compongono, qualunque sieno questi profitti, e quando anche l'erede non avesse fatti questi lucri; *Omne lucrum auferendum esse tam bonae fidei possessori quam praedoni dicendum L.* 28. *D. de petit. haered.* Se ne dà per esempio il prodotto della vendita di una cosa che è perita per caso fortuito, poco tempo dopo la vendita. *L.* 20. §. 1. *de petit. haered.* Si vegga Pothier, della proprietà n. 417.

» Questo principio è comune ai possessori di buona e di mala fede, ma con questa distinzione.

» Il possessore di mala fede è obbligato di render conto all'erede legittimo di tutto ciò che gli è pervenuto dai beni della successione, quando anche l'avesse dissipato senza utilità; al contrario, il possessore di buona fede, non è tenuto di render conto dei lucri che ha ritratti dai beni della successione, se non fino alla concorrenza di quello che si trova di averne profittato, *in quantum locupletior factus est.*

» Così il possessore di buona fede, rende conto di tutte le somme che ha ricevute e generalmente di tutti i lucri che ha percepiti dai beni della successione; e sul montante di queste somme, egli deduce tutte le spese senza che possa essere biasimato per averle fatte senza utilità. Basta che queste spese abbiano diminuito i lucri ch'egli ha percepiti dalla successione.

» Esso deduce ancora le perdite che giustifica aver fatte; senza che si possa a lui rimproverare di essere quelle accadute per suo fatto o per sua colpa, perchè esso non è tenuto di render conto se non fino alla concorrenza di ciò che ha lucrato. Per esempio, egli avrà lasciato acquistare prescrizioni, e perenzioni, avrà lasciato divenire insolvibili i debitori, l'erede legittimo non potrà renderlo risponsabile di questi falli, o di queste negligenze. Al contrario, il possessore di mala fede risponde di tutti i falli: esso non può dedurre che le spese utili o necessarie;

esso può ancora secondo l'articolo 772 (688) essere condannato al pagamento dei danni ed interessi verso l'erede legittimo.

» La stessa distinzione si applica ai guasti de' beni della successione. Il possessore di buona fede, che si credeva proprietario, ha trascurato di riparare certi edificj che egli credeva inutili; li ha fatto cadere in rovina, li ha demoliti, egli è tenuto a restituirli nello stato in cui si trovano al momento della domanda senza poter essere molestato per causa di guasti o demolizioni. *Tunc enim quia quasi suam rem neglexit nulli quaerelae subjectus est. L. 41. §. 3. D. de petit. haered. Pothier n.* 435 e 436.

» Al contrario il possessore di mala fede è tenuto al risarcimento di tutti i danni ed interessi risultanti dai guasti accaduti pel fatto proprio. *Sicut sumptum quem fecit deducit ita si facere debuit, nec fecit, culpae hujus reddat rationem. L.31.§.3.D. de petit. haered.*

» Ma quale differenza bisogna fare, tra le obbligazioni del possessore di buona fede, e quelle del possessore di mala fede relativamente alla restituzione de' frutti? Tale quistione è interessante, perchè essa si eleva frequentemente nelle petizioni di eredità o di dimande di divisione, e perchè noi seguivamo in Brettagna principj differenti da quelli che si seguivano a Parigi e nei paesi di dritto scritto. È dunque necessario di fissare le idee, di vedere quali sono le disposizioni del codice sopra questo punto, e le conseguenze che se ne debbono tirare per la decisione dei casi particolari.

» Secondo il dritto romano, i frutti percepiti dopo l'apertura della successione fanno parte della eredità. *Fructus omnes augent hereditatem sive ante aditam sive post aditam haereditatem accesserint. L. 20. §.3. D. de petit. haered.*

» Quindi il possessore, anche di buona fede, doveva restituire, quando offriva evizione, tutti i frutti che aveva percepiti, come gli altri beni che fanno parte della eredità.

» Ma si faceva distinzione tra i frutti percepiti prima o dopo la dimanda. Riguardo ai primi, il possessore di buona fede non poteva renderne conto che fino alla concorrenza di quello di cui aveva profittato.

» Al contrario, il possessore di mala fede doveva render conto di tutti i frutti che aveva percepiti, sia che ne avesse profittato, sia che no, ed anche di quelli che avrebbe potuto percepire, sebbene non li avesse percepiti. *Praedo fructus suos non facit sed augent haereditatem; ideoque eorum quoque fructus praestabit, in bonae fidei possessore hi tantum veniunt in restitutionem quasi augumenta haereditatis per quos locupletior factus est. L. 40. §. 1. D. eod.*

» Ma ammettendo questo equo principio, restava a determinare quando la fortuna del possessore di buona fede fosse stata accresciuta dai frutti che egli aveva pagato.

» La difficoltà di risolvere questa quistione aveva fatto nascere fra gli interpetri differenti opinioni. Gli uni, ed è forse il più gran numero, insegnavano che il possessore di buona fede dovea restituire tutti i frutti percepiti prima della petizione dell'eredità, anche quelli, che aveva conservati di buona fede.

» Altri interpretri distinguevano tra i frutti naturali e industriali, consumati o esistenti.

» La consuetudine di Brettagna avea tolte tutte queste difficoltà, ordinando che i frutti percepiti prima della domanda di divisione non fossero riportati in conto, senza distinguere fra i possessori di buona fede o di mala fede, nè tra le differenti specie di frutti.

» In Normandia non si faceva del pari alcuna distinzione fra i possessori di buona fede o di mala fede, ed i frutti erano esigibili solo dal giorno dell'azione, ad eccezione del caso di un possesso usurpato colla forza, o fondato sopra un contratto nullo e fraudolento.

» Ma in tutte le altre parti della Francia, non vi era niente di fisso. Lebrun insegna che era certo nell'uso che la buona fede del possessore lo esentava dal restituire i frutti della successione. E ciò perchè, egli dice, se l'usurpatore di un'eredità ne ha disposto, la buona fede dell'acquirente lo dispensa dalla restituzione de' frutti.

» Egli aggiunge che se l'azione di petizione di eredità s'intenta contro colui che credeva di essere nel grado più prossimo, perchè chi lo avrebbe dovuto precedere era assente da lungo tempo, e si era ricevu-

te false notizie della sua morte, l'azione porta seco soltanto la restituzione dei frutti esistenti, o di quelli per cui il possessore fosse divenuto più ricco. La ragione di questa disposizione si è che colui che raccoglie in questo modo una successione che egli crede appartenergli, accresce altrettanto la sua spese, e per conseguenza deve presumersi che abbia consumate le rendite.

» Sembra nondimeno che l'opinione di Lebrun non fosse stata seguita nella pratica, e che si richiedeva da colui che si fosse messo nel possesso di una successione, il conto di tutti i frutti consumati anche di buona fede. Era questa l'opinione di Domat.

» Vi sono de' casi, egli dice, in cui il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti dei quali ha goduto. Così per esempio, se due coeredi del comun padre uno fosse assente, e l'altro abbia goduto di tutti i beni della successione, credendo che suo fratello fosse di già morto; egli sarà tenuto di restituirgli quando ritornerà, tutta la sua porzione con tutti i godimenti; ed é lo stesso fra gli altri eredi, sia *ab intestato* sia testamentarj, qualora uno si abbia goduto la porzione dell'altro: poichè il titolo dell' erede soltanto gli dà il dritto alla sua porzione, e quella del suo coerede si accresce pe' frutti che se ne percepiscono. Così la buona fede dell'erede che gode di tutti i beni della successione, contiene la condizione, che se scopra un coerede gli renderà conto della sua porzione, ciò chè distinguè la condizione di questo erede da quella di un altro possessore di buona fede che non è tenuto a pensare che altri abbia dritto su di ciò che egli possiede.

» Per altro Domat conviene, nella nota, che se colui, che avrà raccolta la successione in simili casi aveva giusti motivi di credere che non vi fossero altri eredi, l'equità richiederebbe di moderare la restituzione dei frutti.

» Fra queste due opinioni opposte, il codice ha consacrato quella di Lebrun, riconosciuta più conforme all'equità. L'articolo 138 (144) dice » finchè l'assente non si presenterà, o le azioni a lui competenti non saranno promosse in suo nome, quelli che avranno avuta la successione, lucreranno i frutti da essi percepiti in buona fede. »

» Questa decisione piena di equità che previene una folla di difficoltà, è fondata su di ciò che colui che raccoglie una successione in mancanza de' parenti più prossimi, che non si sono presentati nei tre mesi ed i quaranta giorni, è riputato di buona fede.

» Egli ha potuto ignorare la loro esistenza, o credere che abbandonerebbero i loro dritti. Dunque, secondo il codice, bisogna applicare alla petizione di eredità il principio di equità, consecrato in un modo generale dall'articolo 549 (474) il semplice possessore fa suoi i frutti quando possegga di buona fede: articolo 312. Applicando questi principj al figlio naturale ed al conjuge superstite, che raccolgono i beni del defunto per mancanza di parenti in grado successibile, ci sembra che non si possa ragionevolmente sostenere che non siano possessori di buona fede, quando essi hanno dimandato ed ottenuto l'immissione in possesso, ed adempite tutte le formalità prescritte: essi hanno allora, come lo esige l'articolo 550 (475) un titolo traslativo di proprietà, un titolo legale di cui si presume che ignorano i vizj; essi hanno in loro favore la disposizione dell'articolo 138 (144). Quindi solo pel fatto di non aver adempite le formalità, l'articolo 772 (688) li sottopone verso gli eredi legittimi a poter essere condannati al risarcimento dei danni ed interessi, in cui entrano certamente i frutti che hanno percepiti, come osserva molto bene Maleville sopra questo articolo.

» Noi pensiamo dunque ch'essi debbano render conto dei frutti dal giorno della dimanda, o dal giorno in cui è cessata la loro buona fede. Articolo 550 (475).

» Noi pensiamo ancora che questa decisione debba estendersi ai frutti dei tre primi anni durante i quali continua l'obbligo della cauzione ch' essi hanno data, perchè vi è lo stesso motivo di buona fede nel decorso di questi tre anni, che in quelli che sieguono, e che l'articolo 771 (687) non ha richiesto cauzione per la restituzione dei frutti di

questi tre anni, ma soltanto per la restituzione degli effetti mobili. *Toullier. Corso di dritto civile vol.* 4. *n.* 303 *a* 311.

» §. 150. Al conjuge povero che non ab-» bia un patrimonio confacente al suo stato, » sarà dovuta sulle rendite ereditarie del con-» sorte predefunto una prestazione alimen-» taria, e vitalizia. *Art.* 689. *Leg. civ.*

» L'importare di siffatta prestazione non » eccederà il quarto della rendita de' beni e-» reditarj, quando non esistessero figli, o » quando ve ne fossero al numero di tre o » meno. Essendo più di tre non eccederà i » frutti della porzione virile. *Art.* 690. *Leg.* » *civ.*

Uniformemente Giustiniano dispose che premorendo un conjuge ricco, l'altro, che rimane indigente gli succede nella quarta parte, abbenchè tanto pel loro matrimonio, quanto per l'altro precedente esistessero i figli: questi però essendo più del numero di tre, dispose che il conjuge succeda con essi per la parte virile.

» Quia vero legem (*scilicet cod. de repu. l. ult.*) dudum posuimus precipientem, ut si quis uxorem aliquem sine dotalibus (*scilicet documentis*) acceperit, cum affectu solum nuptiali, et hanc sine causa legibus agnita projecerit, accipere eam quartam partem substantiae ejus. Et aliam post hanc fecimus legem decernentem (*ut sup. de exhibend.* §. *quoniam vero*), si quis indotatam uxorem per effectum solum acceperit, et usque ad mortem cum ea vivens premoriatur, accipere similiter, et eam quartam illius substantiae portionem ita tamen ut non transcendat hoc centum librarum auri quantitatem. In praesenti melius (*nota ergo quod corrigit utramque, et sic non dicuntur esse contrariae*) utramque legem disponentes, sancimus in utroque casu ex talibus matrimoniis natos filios legitimos esse, et ad paternam vocari hereditatem; uxorem autem ex utroque horum casuum si quidem usque ad tres habuerit filios ejus vir, sive ex ea, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri (*scilicet quartam partem si habet tres liberos, vel pauciores; si vero plures tunc virilem*) accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere (*scil. quartam*) jubemus mulierem quantum uni competit filiorum; ita quippe, ut unum solum in talibus rebus mulier habeat; dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Si vero talis mulier filios ex eo non habuerit, jubemus etiam dominii jure habere eam res quas ex viri facultatibus ad eam venire per praesentem jussimus legem. Quae tamen irrationabiliter exclusa est (*idest rejecta vel repulsa*) in ipso tempore expulsionis partem jubemus accipere, quae continetur hac lege. Virum enim in talibus casibus quartam secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus. *Novella* 117. *Cap.* 5.

Da questa autentica lo stesso Giustiniano prese argomento di portare una eccezione alla legge unica *cod. unde vir et uxor* che ammetteva una reciproca successione tra i conjugi.

» Praeterea si matrimonium sit absque dote (*aut donatione propter nuptias*) conjux autem praemoriens locuples sit, superstes vero laboret inopia, succedet una cum liberis communibus alteriusve matrimonii in quartam, si tres sint vel pauciores. Quod si plures sint, in virilem portionem: ut tamen ejusdem matrimonii liberis proprietatem servet, si extiterint, his vero non extantibus, vel si nullos haberit potietur etiam dominio, et imputabitur legatum in talem portionem *Auth. in L. unica cod. unde vir, et uxor.*

Lo stato di questa povertà del conjuge, al dir di Brunnemanno dee definirsi dal magistrato, avendosi solo riguardo al tempo della morte del conjuge dovizioso per stabilire la prestazione disposta dalla legge.

» Quid si uxor pauper, sed divitem patrem habeat, vel dos ampla, sed quae ad patrem revertatur? neutro casu uxorem pro paupere habendam esse putat. *Kohl. Vice-Cancel. de succes. conjug. p.* 2. *n.* 21. *et Thoming. Dec.* 40 licet dissentiat *Honded. vol.* 1. *Cons.* 93. *n.* 26. Sed quaeritur: qualis inopia hic requiratur? id arbitrio judicis committendum tradunt *Menoch.* 1. 2. *A. L. cas.* 65, *et Rittershus. p.* 7. *c.* 1. *n.* 6. *Hillig.*

in Don. 1. 9. *cap.* 10. *lit. O.* Sel quid si post mortem mariti forte ex testamento consequetur opes? resp. attendi tempus mortis ideo nil nocet, si postea dives fiat. *Brunnemanni Com. in cod. lib.* 6. *tit.* 18. *de vir. et uxor. Auth. Praeterea.*

» SUFFRAGJ DISTORNATI §. 1. Qua-
» lunque corruzione impiegata per ottenere
» o distornare i liberi suffragj de' rappresen-
» tanti de' comuni, e qualunque frode com-
» messa nello squittinio de' suffragj medesimi
» per ufizj o cariche che ne dipendono, sa-
» rà punita col primo al secondo grado di
» prigionia o confino, e colla interdizione
» a tempo della carica o ufizio di cui si è
» abusato, o pel di cui conseguimento si è
» impiegata la corruzione, o commessa la
» frode.

» Il denaro forse pagato, e i doni forse
» ricevuti saranno restituiti al doppio, e ver-
» sati nella cassa delle ammende. *Art.* 167.
» *Leg. cit.*

» I suffragj de' cittadini (*osserva Dufour sull' articolo* 111. *del cod. pen. franc.*) sono la proprietà di quelli, che li hanno ottenuti. Spogliarli di alcuno di essi è lo stesso che rapir loro ciò che loro appartiene; e siccome detti suffragj sono il distintivo della considerazione, della stima, e della fiducia, non debbono i cittadini esser privati di un bene che dee esser loro più caro di qualunque altro. Ciò sarebbe un grave delitto soprattutto per quelli, che attese le funzioni di cui sono incaricati, hanno il dovere di assicurare i suffragj a chi sono stati accordati.

» Rapporto a ciò gli oratori del Governo si sono espressi in questo modo.

»» La legge ha dovuto prevedere i delitti che avranno forse luogo nell' esercizio medesimo de' dritti civili, e specialmente in quello de' squittinj.

»» Vi è delitto ogni volta che il voto de' cittadini è adulterato colle falsificazioni, sottrazioni, o addizioni di biglietti: queste colpevoli manovre acquistano un nuovo grado di gravezza quando sono l' opera delli stessi scrutatori; poichè vi è in questo caso violazione di deposito, ed abuso di confidenza. Ma malgrado quanto vi ha di odioso in tale intenzione, si è dovuto temere di aprire un adito troppo facile e delle lente, e temerarie ricerche per fatti che non lasciano più traccia, quando lo squittinio è già distrutto, e quando le operazioni che gli sono relative sono già terminate. »»

» Quante speranze deluse, quante pretenzioni svanite, e quante offese dell' amor proprio non farebbero nascere soprattutto in questa materia, accuse azzardate, se mai fosse permesso di riceverle dopo il fatto e fuori de' casi in cui il colpevole è sorpreso, per così dire, in flagrante delitto?

» Il signor Bruneau de Beaumez nel suo rapporto in nome della commissione di legislazione non potè far ammeno di dire.

»» Si cuopra d' infamia l' uomo senza pudore, l' uomo immorale, il quale incaricato dalla legge o dalla fiducia de' suoi committenti della sorveglianza, o dello spoglio di uno squittinio, ardirà col mezzo della introduzione di suffragj falsificati profanare l' urna destinata a raccogliere la pura e vera espressione dalla opinione generale. *Dufour. Osservaz. all' art.* 111. *del cod. pen. francese.*

D' altronde l' articolo in esame, oltre la prigionia, o confino, infligge la interdizione a tempo della carica o ufizio di cui si è abusato. Or questa interdizione dee pronunziarsi contro chi compra, e contro chi vende i suffragj, o contro uno di essi?

Si risponde col medesimo Dufour che » siccome non può esservi venditore senza che non vi sia compratore, nè può esservi compratore senza che non vi sia un venditore; siccome la legge vuole assolutamente proscrivere questo traffico vergognoso, e colpevole di suffragj, e siccome l' azione è la stessa di chi compra e di chi vende il suffragio, così per poco che si voglia riflettere sulla intenzione della legge ne risulterà ad evidenza, ch' essa vuol punire egualmente e unitamente tanto il venditore, quanto il compratore. *Dufour. Osservazione all' art.* 113. *del cod. pen. francese.*

» SUGGELLI (rottura di). §. 1. Colo-
» ro che si saranno renduti rei di rottura di

» suggelli apposti o per ordine del Governo, » o per effetto di un ordinanza del potere » amministrativo o giudiziario, in qualunque » materia essa sia stata pronunziata, saranno » puniti col primo al secondo grado di pri» gionia. I custodi per la sola negligenza sa» ranno puniti col primo grado di prigionia » o confino: se sono conniventi o autori, » saranno puniti col terzo grado di prigio» nia. Agli uni, ed agli altri sarà ancora ap» plicata l'ammenda da trenta a trecento » ducati. *Art.* 247. *Leg. pen.*

L'estremo principale di questo delitto è l'offesa di quell'autorità da cui i suggelli sono apposti: imperciocchè si commette un'attentato contro la sicurezza e la buona fede quando della sacra custodia de' suggelli vengono a privarsi quelli oggetti particolari che il Governo, o il potere amministrativo o giudiziario cerca in cotal modo assicurare alla giustizia, ed alla ragione dei contententi. D'altronde qualunque sia il fine di colui che rompe questi suggelli, abbenchè nel momento non conosciuto, non si prende a calcolo dal magistrato. L'articolo in esame non comprende che il semplice fatto dell'insulto commesso alla legge; vale a dire punisce la sola rottura de'suggelli, quantunque gli oggetti suggellati non siano involati, o sottratti. Estende però la sua pena al custode, se fia che questi porge motivo al delitto o colla sua negligenza, o colla sua connivenza, cagioni che valutate secondo i gradi di colpa, e di dolo cadono in diversi gradi di punizione; imperciocchè nel primo caso egli è punito meno del colpevole, perchè la sua negligenza dando causa al delitto non riunisce i particolari requisiti della complicità; mentre nel secondo caso questi requisiti, che risultano chiaramente espressi nell'azione commessa provocano una pena più severa; e ciò, in ragione dell'azione criminosa, ed in ragione della qualità di depositario di cui egli si abusa. Vedi, *Fuga dei detenuti* §. 5.

» §. 2. Se si siano rotti i suggelli appo» sti a carte o cose di un individuo incolpa» to o accusato di un misfatto che la leg» ge punisce colla morte, coll'ergastolo o » coll'ultimo grado de'ferri, i colpevoli sa» ranno puniti colla rilegazione. I custodi ne» gligenti saranno puniti col terzo grado di » prigionia; se sono conniventi o autori saran» no puniti colla reclusione. Contra gli uni, » e gli altri sarà applicata l'ammenda da » cinquanta a cinquecento ducati. *Art.* 248. » *Leg. pen.*

La ipotesi di quest'articolo esprime il perverso disegno di favorire la impunità di un misfatto, ropendosi i suggelli, che sono apsti agli oggetti materiali adoperati pel misfatto stesso. Assicurati dalla polizia giudiziaria le armi, ed altri effetti che sembrano di aver servito o di essere destinato per delinquere, ovvero che appariscono essere stati il prodotto dell'azione criminosa; egualmente assicurate le carte, ed ogni altro documento che potrà servire allo scoprimento della verità: in somma assicurati con suggelli tutti gli oggetti che costituiscono la prova generica di un misfatto, che meni l'accusato alla pena di morte, all'argastolo, ed ultimo grado de' ferri, l'autore della rottura di questi suggelli viene più gravemente punito, in ragione della gravezza del misfatto cui gli oggetti suggellati appartengono.

Per la negligenza, o connivenza del custode il medesimo articolo distingue del pari le pene. Il custode rivestito dalla legge colla qualità di pubblico depositario, è legato a particolari doveri, onde gli oggetti a lui affidati siano religiosamente custoditi. Quindi ogni omissione di vigilanza, in virtù di cui alcuno si permetta di rompere i suggelli, che custodiscono gl'indicati oggetti, costituisce un delitto. D'altronde la connivenza, che il custode dimostra aver prestata a tale rottura, oltre di esprimere il carattere di consente nella rottura medesima, riunisce una offesa diretta così alla propria dignità di depositario, che all'autorità della legge, in virtù di cui i suggelli sono apposti. Sotto questo doppio rapporto adunque la pena del custode è più grave di quella inflitta all'autore della rottura.

Per conoscere i requisiti della negligenza, e della connivenza vedi *Fuga dei detenuti* §. 2. e 3.

» §. 3. Ogni furto commesso per mezzo

» di rottura di sugelli sarà punito come fur- » to commesso con frattura. *Art.* 249. *Leg. civ.* Vedi. *Furto* §. 7. *e* 15.

» §. 4. Se la rottura de' suggelli, le sottrazioni, gl' involamenti o le distruzioni » di documenti sieno state commesse con violenza contro alle persone, la pena contro » chiunque sarà del primo grado de' ferri » nel presidio; senza pregiudizio delle pene » più gravi, se queste hanno luogo per la » natura delle violenze, e per gli altri misfatti che vi fossero uniti; nel qual caso » queste pene non saranno mai applicate nel » minimo del grado. *Art.* 252. *Leg. pen.* Vedi. *Furto* §. 2.

» SURROGAZIONE. Vedi *Pagamento* §. 15. *a* 18.

» SUSSISTENZE PUBBLICHE. §. 1. » Ogni persona che o individualmente, o » come membro di compagnia sarà incaricato in tempo di guerra di provvisioni, di » appalti o amministrazioni per conto delle » armate di terra, e di mare, e che senza » esservi stato costretto da forza maggiore » abbia fatto mancare il servizio di cui è incumbenzato, sarà punito col primo al secondo grado de' ferri nel presidio, senza » pregiudizio delle pene più gravi in caso d' » intelligenza col nemico. In tempo di pace » sarà punito col primo al secondo grado » di prigionia. *Art.* 220. *Leg. pen.*

» Se il servizio di un fornitore (osserva Dufour su le uniformi disposizioni dell' articolo 430 del cod. pen. francese) non è fatto nel luogo, e nel giorno indicato, oppure la sua esecuzione è incompleta, una operazione militare o marittima, come spesse volte è avvenuto, può avere un esito infelice, e con ciò può rimaner compromesso un corpo di truppa, una squadra. Senzacchè io sviluppi tutte le fatali conseguenze di un simile avvenimento, ognuno vede che la influenza sulla sorte di una campagna, o il successo di una battaglia, può dipendere dai fornitori. Un momento perduto può mandare a vuoto ogni piano ben concepito, ovvero esigere degl' immensi sacrificj.

» E quando la infedeltà, o anche la semplice trascuratezza nella esecuzione delle condizioni dell' appalto non avesse altro effetto che quello di privare durante qualche giorno, o soltanto per ventiquattr' ore un corpo di armata, o un semplice distaccamento delle cose necessarie al suo vitto, o vestito, non vi è chi possa giudicare un tal delitto riprensibile in sommo grado. Allorchè si tratta de' difensori della patria, di quei che spargono il loro sangue pel sostegno, e per la gloria dello stato, le negligenze sono senza scusa, e non bastano le disposizioni ordinarie delle leggi circa i torti, e gl' inganni tra particolari. *Dufour. Comento su l'art.* 430 *del cod. pen. francese.*

Il nostro articolo distingue poi le punizioni secondo il tempo in cui il reato si commette In tempo di pace s' infligge la prigionia dal primo al secondo grado; in tempo di guerra; questa pena si eleva dal primo al secondo grado de' ferri nel presidio. Si applica finalmente la pena di morte nel caso che il servizio, di cui è parola, sia mancato colla intelligenza del nemico, nei termini delle disposizioni seguenti.

» Chiunque appresti ai nemici mezzi efficaci a facilitar loro l' ingresso nel regno; chiunque agevoli i loro progressi, soccorrendogli di uomini, di armi, di denaro, di viveri, o di munizioni; chiunque per lo stesso oggetto frapponga ostacoli alle operazioni dell' armata del sovrano, o corrompendo la fedeltà de' suoi ufiziali, de' suoi soldati o de' suoi marinari, o consegnando a' nemici stessi, o facendo loro consegnare città, fortezze, piazze, posti militari, porti, magazzini, arsenali o legni da guerra; sarà punito colla morte. *Art.* 107. *Leg. pen.*

Nella soggetta ipotesi può anche concorrere la imputabilità del commessario ordinatore, o di altri impiegati di marina. Han luogo allora le disposizioni delle leggi militari.

» Ogni militare, o altro individuo addetto all' esercito o al seguito di esso, convinto di tradimento sarà punito di morte, previa degradazione...

» 9.° Ogni commessario ordinatore, o altri che ne faccia le funzioni, il quale non avrà provveduto alle distribuzioni de' viveri,

bona patris ejus fiscus venderet: nam tunc emere potest. Si autem durante militia emat praedium contra interdictum nostrae legis, confiscatur tale praedium; et fiscus potest illud vendicare, si delatum sit. Si autem non dum delato praedio in fiscum finita sit militia, non potest amodo deferri. Item miles jure successionis potest acquirere praedia in provincia in qua militat. »

» §. 4. Se nel caso descritto nell' articolo » precedente si aggiunga che l' ufiziale pub» blico ivi designato impedisca in alcun mo» do con atti di autorità il commercio de' » nazionali del regno delle due Sicilie, o vo» glia rendere esclusivo quello che egli eser» cita, o entri con altri negozianti in collu» sione o monopolio per far incarire la pub» blica annona, sarà punito colla reclusione. » *Art.* 225. *Leg. pen.*

Fine del Tomo V.